REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las Leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL.

TOMO CII Número 2267

Bogotá — Colombia, Abril a Junio. de 1963

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CII

BOGOTA, D. E. – IMPRENTA NACIONAL – 1971

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

SALA PLENA

Doctor GUSTAVO RENDON GAVIRIA, Presidente.
Doctor RAMIRO ARAUJO GRAU, Vicepresidente.
Doctor Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA, Presidente.
Doctor Ricardo Ramírez L., Secretario.

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

SALA DE CASACION PENAL

Doctor JULIO RONCALLO ACOSTA, Presidente.
Doctor Pioquinto León L., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores Humberto Barrera Domínguez.
Samuel Barrientos Restrepo.
Simón Montero Torres.
Gustavo Rendón Gaviria.
Julio Roncallo Acosta.
Primitivo Vergara Crespo.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor LUIS ALBERTO BRAVO, Presidente.
Doctor Vicente Mejía Osorio, Secretario.

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

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Doctor CARLOS PELAEZ TRUJILLO, Presidente.
Doctor Jorge García Merlano, Secretario.

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

RELATORIA

Relator: Doctor Luis Ignacio Segura A.
Relatores Judiciales Auxiliares:

Doctores Carlos M. Gutiérrez E. y
Diego E. Cristancho M.

Abril a junio de 1963.

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 CII — Bogotá - Colombia Abril - Mayo - Junio 1963 — No. 2267

SALA PLENA

MOCION DE DUELO

Aprobada por la corporación en sesión plenaria de fecha 23 de abril de 1963.

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deplora el fallecimiento del ex Magistrado de la corporación, ilustre ciudadano, connotado hombre público e ilustrado jurista, doctor Ignacio Escallón, y honra su memoria.

Comuníquese, en nota de estilo, a la familia del extinto y publíquese en la Gaceta Judicial".

MOCION DE DUELO CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR ANTONIO J. PARDO

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deplora profundamente el fallecimiento del señor doctor Antonio J. Pardo, acaecido en Medellín, Magistrado, tratadista, profesor y abogado, de acendradas virtudes, cuya vida de rectitud, consagración al derecho y devoción por la justicia, no vacila esta corporación en presentar como ejemplo digno de ser imitado por quienes se preparan a participar en las delicadas y difíciles disciplinas concernientes al servicio de la justicia.

Transcríbase, en nota de estilo, a los familiares del extinto por conducto del señor Presidente del Tribunal Superior de Medellín y publíquese en la Gaceta Judicial".

(Aprobada en la sesión plenaria de fecha 30 de mayo de 1963).

SANCIONES DISCIPLINARIAS

No hay lugar a imponer sanción alguna en el presente caso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, veintiséis (26) de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Con fecha 4 de diciembre de 1962 un visitador del Ministerio de Justicia pasó informe al Jefe del Departamento de Vigilancia Judicial acerca de la queja que Pablo Antonio Nobsa introdujo en la Procuraduría General de la Nación, tocante a demoras en el pleito que el mismo Nobsa adelantara contra Acerías Paz de Río, a conocimiento de la Sala de Casación Laboral bajo ponencia del Magistrado doctor Luis Alberto Bravo.

El pliego vino a la Corte, se repartió como queja, y ha recibido el trámite del Decreto legislativo 3665, dictado el 12 de diciembre de 1950.

El Magistrado doctor Bravo acompañó una certificación de Secretaría, y explica:

"Me veo en el penoso caso de manifestar que evidentemente en la fecha que lleva el informe del visitador del Ministerio de Justicia, o sea el 4 de diciembre de 1962, la Sala no había decidido el mencionado recurso, ya que la sentencia apenas se produjo el 15 de diciembre siguiente.

"La única explicación que puedo dar al respecto es la de que el número de negocios que afluye a la Sala Laboral de la Corte es de tal manera copioso, que aún con la mejor voluntad y el más alto rendimiento, resulta imposible despacharlos cumplidamente, no ya desde el punto de vista de los términos legales, sino mirando a la naturaleza de los conflictos que ante la jurisdicción del trabajo se plantean".

De las presentes diligencias aparece que el asunto Nobsa-Paz del Río entró al estudio del Magistrado doctor Bravo para sentencia el 24 de julio de 1958; que registró proyecto el 6 de abril de 1960, y que el 15 de diciembre de 1962 fue fallado en definitiva.

Se encuentra establecido que de enero de 1958, cuando empezó el doctor Bravo a ejercer sus funciones de Magistrado de la Corte, hasta el 18 de febrero de 1963 han estado a su cargo 471 negocios, de los que tiene al despacho para sentencia 219 y en tramitación 28, lo que demuestra que en el lapso descrito dio salida a 224 asuntos, con promedio aproximado de 45 por año.

El cargo se concreta a la demora en decidir el litigio Nobsa-Paz del Río. Y si resultan notorios los considerables retardos entre el 24 de julio de 1958, en que entró a estudio de fondo, y el 6 de abril de 1960, en que el proyecto fue registrado, y entre esta última fecha y el 15 de diciembre de 1962, en que salió el fallo, es claro, sin embargo, que el cúmulo de asuntos a que debe atender la Sala Laboral, motivo de la explicación en descargo, no permite en la actualidad encontrar fundamento plausible a la queja por retardo de un fallo que estuvo proferido antes de que la misma se repartiera en la Corte.

RESOLUCION:

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, *declara* que no es el caso de aplicar sanción disciplinaria al Magistrado doctor Luis Alberto Bravo.

Comuníquese al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y archívese el expediente.

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Gráu, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Enrique Coral Velasco, Alejandro Córdoba Medina, 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, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano, Eustorgio Sarria, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Extractos de jurisprudencia en materia civil, a cargo del señor Carlos Manuel Gutiérrez E., Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

CONFESION FUERA DE JUICIO Y EXTRAJUDICIAL

Diferencias.

La confesión judicial fuera de juicio no se confunde con la confesión extrajudicial. Porque frente a Juez competente para conocer de la causa, actual o futura, en razón de la naturaleza del asunto y cuando está en ejercicio de sus funciones, la manifestación de parte que reconoce ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, reviste el carácter de confesión judicial, **por entero distinta de la "hecha en otra ocasión, en carta, misiva, conversación o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba", la que apenas constituye** confesión extrajudicial **(604, C. J.)**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y ocho (18) de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

En vía ordinaria y por apoderado, demandó Fernando Naranjo Toro a Pedro Vallejo Peláez y Jorge Echeverri Guzmán para que se les condenara al pago de $ 10.000.00 por valor de 400 toneladas de caolín, a $ 25.00 cada una, y subsidiariamente a "la suma que se demuestre en el juicio, junto con los intereses legales o corrientes a partir del mes de julio de 1952 hasta el día en que se verifique el pago". Todo además de las costas.

Las afirmaciones de hecho se concretaron así:

"1ª Por escritura número 4274, de fecha 12 de diciembre de 1952, de la Notaría 1ª de Cali, Pedro Vallejo Peláez y Jorge Echeverri Guzmán constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada domiciliada en Cali, y cuya razón social fue *Talcos de Colombia Ltda.*

"2ª La mencionada sociedad fue disuelta y liquidada según consta en la escritura pública número 4395 de diciembre 19 de 1953, de la Notaría 1ª de Cali.

"3ª Durante la existencia de la citada sociedad Pedro Vallejo Peláez negoció con mi poderdante (Fernando Naranjo Toro), primero 50 toneladas de caolín, a razón de $ 25.00, y luego 350 toneladas del mismo material y al mismo precio. Esa cantidad de caolín fue retirada por el comprador Vallejo Peláez de los depósitos de mi poderdante, ubicados en la estación del Ferrocarril del Pacífico en *Morales* (Departamento del Cauca).

"4ª El negocio relativo a la compraventa del *caolín* ha sido confesado en carta del señor Vallejo Peláez, de fecha 22 de enero de 1953, dirigida al doctor Carlos Arturo Escobar Quintero, y en posiciones rendidas extrajuicio, aunque existe diferencia en lo relativo a la cantidad.

"5ª En la cláusula 4ª de la escritura pública número 4395 de 19 de diciembre de 1953, de la

Notaría 1ª de Cali, los socios Pedro Vallejo Peláez y Jorge Echeverri Guzmán hicieron esta declaración: '... quedando, en consecuencia, el exponente Echeverri Guzmán como único dueño y exclusivo de todo el haber social de la compañía que hoy se disuelve, y al quedar como propietario de todo su activo, se hace igualmente cargo de todo el pasivo que en la actualidad esté a cargo de la sociedad...'.

"6ª Mi poderdante Fernando Naranjo Toro al hacer la negociación relacionada con el caolín al señor Pedro Vallejo Peláez no tuvo conocimiento de que éste obraba como representante de la entonces sociedad *Talcos de Colombia Ltda.;* pero como el comprador en las posiciones absueltas y en otros varios documentos insiste en afirmar que negoció para la nombrada sociedad, y como ésta se disolvió y liquidó sin atender al pago de esta prestación, por esto establezco la presente acción contra los señores Pedro Vallejo Peláez y Jorge Echeverri Guzmán, únicos socios de la extinguida sociedad nombrada.

"7ª Mi poderdante entabló acción ejecutiva para el pago de la suma confesada en posiciones por Pedro Vallejo Peláez, y ese negocio fue fallado desechando la acción y advirtiendo que debía promoverse la acción ordinaria para la efectividad y reconocimiento de la obligación que persigo".

No sólo fue contradicho el libelo sino que Pedro Vallejo Peláez demandó a Naranjo Toro en reconvención con el propósito de deducirle responsabilidad civil y pedir el resarcimiento de perjuicios por "abuso del derecho y promover actos de justicia como los que se pidieron y realizaron entre noviembre de 1958 y octubre de 1959", esto es "con las medidas precautelativas infundadas que pidió y gestionó ante los Jueces Civiles 1º y 2º de este Circuito, presentando Naranjo Toro a Vallejo Peláez ante la sociedad que gerencia y ante los establecimientos bancarios como deudor moroso y fallido, para que poco tiempo después se estableciera judicialmente que esas actividades eran ilegales e inconducentes".

El Juez de la causa, 5º Civil del Circuito de Cali, desató el litigio en primera instancia, con fallo del 2 de octubre de 1961, plenamente absolutorio sobre la demanda principal y la de reconvención. Rechazada por extemporánea la apelación hecha en nombre de Pedro Vallejo Peláez, se concedió la interpuesta en representación del actor Naranjo Toro, y fue resuelta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en sentencia confirmatoria del 25 de mayo de 1962.

Es ahora la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación de la misma parte demandante.

La sentencia acusada.

En referencia a los antecedentes, expresa el Tribunal:

"..., *Botero y Villegas Ltda.,* de una parte, y el señor Pedro Vallejo P., de la otra, constituyeron la sociedad *Talcos de Colombia Ltda.,* según da cuenta la escritura pública número 2888 del 23 de septiembre de 1949, otorgada como todas las que en seguida van a expresarse en la Notaría 1ª de Cali. El señor Antonio Villegas González enajenó al señor Santiago Botero González sus derechos en la sociedad *Botero y Villegas Ltda.,* según la escritura número 3131 del 19 de septiembre de 1950, con lo que extinguida esta compañía vino a formarse después una nueva: la denominada por la escritura número 3123 del 7 de septiembre de 1951 *Talcos de Colombia, Vallejo y Botero Ltda.,* que formaron Santiago Botero González y Pedro Vallejo P. Posteriormente éste compró a aquél su derecho en la sociedad por medio de la escritura número 3679 del 15 de octubre de 1952, de modo que también esta sociedad se disolvió. Con este mismo haber el señor Vallejo P. formó luego la sociedad *Talcos de Colombia Ltda.,* con el doctor Jorge Echeverri G., de la que da cuenta la escritura número 4274 del 12 de diciembre de 1952, la que por último también se disolvió a virtud de la venta hecha por Vallejo P. a Echeverri G. de la totalidad de su derecho social, según consta en la escritura número 4395 del 19 de diciembre de 1953, en virtud de la cual el comprador se hizo cargo del pasivo que dejaba la extinguida sociedad".

Alude el sentenciador a que según certificado de la Cámara de Comercio de Cali, no fueron registrados los extractos de las escrituras de constitución, disolución y liquidación de la sociedad "Talcos de Colombia Ltda.", entre Vallejo Peláez y Echeverri Guzmán; a la nulidad entre los socios que de allí se desprende, no oponible a terceros; a doctrina de la Corte en la materia, y después dice:

"En el tercero de los hechos del libelo el demandante afirma que durante la existencia de la sociedad que se constituyó por la escritura número 4274 del 12 de diciembre de 1952 el señor Vallejo Peláez negoció la compra de 50 toneladas y luego la de 350 toneladas que completan las 400 toneladas de caolín, por cuyo valor se busca la condena *sub lite.* En desacuerdo con

lo expresado en este hecho resultan las posiciones que en forma extrajuicio se le hizo absolver al señor Pedro Vallejo Peláez, según se desprende de la pregunta *primera,* que dice: '¿Como es cierto, sí o no, que en julio de 1952 compró a don Fernando Naranjo Toro 50 toneladas de caolín, mercancía que mi poderdante tenía bajo llave en depósito de su propiedad (Naranjo) en la estación del ferrocarril en Morales (Cauca) *Contestó:* Es cierto que a Fernando Naranjo Toro le compré en varias fechas *Talcos de Colombia,* caolín. Una de estas fechas fue septiembre 25 de 1951, según factura de Fernando Naranjo Toro, cancelada con cheque número 100 C35542-082, Banco de Bogotá, por mil cien pesos y correspondiente a 37½ toneladas de caolín'.

"Como el que pregunta también confiesa, quiere decir que el negocio de las primeras 50 toneladas se llevó a cabo cuando aún no se había constituído la sociedad con el señor Jorge Echeverri G., que fue hecho posterior a la compra. Tal transacción tuvo lugar durante la existencia de la sociedad *Talcos de Colombia, Vallejo y Botero Ltda.,* que se constituyó por medio de la escritura número 3123 del 7 de septiembre de 1951 entre el mismo señor Vallejo P. y el señor Santiago Botero González, la que luego se disolvió el 15 de octubre de 1952. Respecto de esta parte del objeto de la litis el señor Echeverri no está, pues, legitimado para intervenir como demandado.

"La prueba del contrato de compraventa del caolín se reduce a las posiciones de que se ha dado cuenta y a la carta del 22 de enero de 1953 dirigida por el señor Vallejo P. al abogado del señor Naranjo Toro, doctor Carlos Arturo Escobar Q. Ambas son pruebas deficientes porque aquéllas o las posiciones lo fueron extrajuicio (artículo 308 del Código Judicial), y la segunda porque no obstante ser auténtica, de autenticidad tácita por no haber sido redargüida de falsa, es apenas una parte la que aparece de dicha comunicación.

"Mas, aun dispensándole crédito a estas dos probanzas, la confesión a que se contraen las posiciones no fija en absoluto la época en que se efectuó la venta de las 350 toneladas de caolín, y la carta, en cambio, pone de presente que el transporte de las varias remesas de la mercancía tuvo lugar entre el 27 de julio de 1952 y el 21 de noviembre del mismo año, pues el transporte o la entrega de la última de que da cuenta la comunicación, de fecha 3 de enero de 1953, no se había hecho. Si, pues, la relación de las remesas y lo expresado en el tercero de los hechos del libelo hacen notar que éstas se sucedieron en época anterior a la constitución de la sociedad con el señor Jorge Echeverri G., éste no tiene por qué ser demandado".

Estima el Tribunal que Vallejo Peláez no pudo representar en esas operaciones a la sociedad que formó con Echeverri, sino a la que tuvo con Santiago Botero González; que de haberse demandado a Botero en lugar de Echeverri, por razón de la sociedad *Talcos de Colombia, Vallejo y Botero Ltda.,* "habría sido indudable la legitimación para responder en juicio del señor Pedro Vallejo P. como sujeto también pasivo, con el señor Botero González, de la relación procesal"; que conforme a la expresión de la causa de hecho del libelo en torno a la sociedad entre Vallejo y Echeverri, "hecho éste posterior al negocio del caolín, una condena contra el señor Vallejo P. lo sería por causa distinta a la denunciada o no conforme con la motivación del libelo"; y que si bien el patrimonio social de la compañía Vallejo y Echeverri "es el mismo que le correspondió al señor Vallejo P. por el hecho de la liquidación de la anterior sociedad" (Vallejo-Botero González), "en el dicho título no se hizo constar pasivo alguno de que se hiciera cargo la nueva sociedad con el señor Echeverri G., ni remotamente es siquiera aceptable que la pretendida obligación de ahora, de la que dice ser acreedor el señor Naranjo Toro, pueda tener el privilegio de haber pasado a la sociedad que se formó el 12 de diciembre de 1952, gravando su patrimonio".

La acusación.

Como aparece fundado el cargo segundo por la causal 1ª de casación, no es el caso de considerar los motivos restantes. (538 C. J.).

Consiste la censura en que el absolvente Pedro Vallejo Peláez confesó en la respuesta a la sexta pregunta de las posiciones antes del juicio, que la sociedad *Talcos de Colombia Ltda.* adeuda a Fernando Naranjo Toro la cantidad de $ 4.700, y que esta deuda se encuentra registrada en el balance que con fecha 31 de octubre de 1953 elaboró la misma sociedad. Por lo que el recurrente señala error de derecho en el Tribunal por no darle a ese reconocimiento ante Juez competente el mérito de confesión judicial, como plena prueba de la obligación de pagar aquella deuda, y agrega:

"Pero el Tribunal, de manera increíble, consideró que la confesión no tenía el carácter de judicial, sino tan sólo de extrajudicial; y que por consiguiente, no era suficiente para declarar probado el hecho confesado, respaldado por una

prueba deficiente, en los términos del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil".

Por último agrega:

"Este error del sentenciador, extraordinariamente elemental, lo llevó a desconocer y violar los artículos 606 y 608 del Código de Procedimiento Civil, ya que dejó de aplicar el primero de ellos, cuando ha debido hacerlo; y en cambio aplicó equivocadamente el segundo, que no era aplicable al caso. La violación de los textos probatorios trajo como consecuencia el desconocimiento indirecto de los artículos 1928 del Código Civil y 542 del Código de Comercio, ya que si hubiera visto en la confesión la prueba plena que corresponde a su carácter judicial habría tenido que declarar necesariamente probada la obligación de pagar el precio de la compraventa a cargo de los socios liquidadores Pedro Vallejo Peláez y Jorge Echeverri Guzmán".

Se considera:

1. La confesión judicial fuera de juicio no se confunde con la confesión extrajudicial. Porque frente a Juez competente para conocer de la causa, actual o futura, en razón de la naturaleza del asunto y cuando está en ejercicio de sus funciones, la manifestación de parte que reconoce ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, reviste el carácter de *confesión judicial,* por entero distinta de la "hecha en otra ocasión, en carta misiva, conversación o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba", la que apenas constituye *confesión extrajudicial.* (604 C. J.).

"Por manera que lo exigido —ha expuesto la Corte— es la competencia en razón de la naturaleza del asunto y que el Juez se halle en el ejercicio de sus funciones, y no que el juicio esté en curso, para darle a la confesión el calificativo de judicial y el mérito que, además de pleno, no admite 'prueba en contrario, a menos de demostrarse que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable'. (606).

"Por eso, el inciso 2º, artículo 610, ibídem, se expresa así: 'También, antes de establecerse la demanda, puede el presunto demandante interrogar en posiciones, por una sola vez, a la persona a quien va a demandar, expresando en la solicitud dirigida al Juez competente, la causa, objeto y cuantía de la demanda'.

"Con lo que, como es obvio, se concede oportunidad al presunto demandante para obtener confesión judicial, antes de incoar el juicio, y por ello la solicitud debe dirigirse al Juez competente, con indicación de la causa, objeto y cuantía de la demanda.

"Por la misma razón de ser judicial el reconocimiento que se estudia, tiene previsto el artículo 624 que de la actuación sobre posiciones absueltas antes de juicio se dé copia a la parte que la pida". (Cas. 24 marzo 1958, LXXXVII, 2194, 484).

2. No acertó, en consecuencia, el sentenciador al considerar que por tratarse de posiciones antes del pleito no podía haber confesión judicial en las que fueron absueltas por Pedro Vallejo Peláez el 27 de septiembre de 1955.

Allí, en la sexta respuesta, aparece admitida la compra a Naranjo Toro de 188 toneladas de caolín, a $ 25.00 cada una, y que la deuda correspondiente, de $ 4.700.00, figura en el libro mayor de "Talcos de Colombia", según balance en 31 de octubre de 1953. Lo cual es nítido, pues el absolvente sólo agrega que el valor debe pagarlo Jorge Echeverri Guzmán, por haberse hecho cargo del pasivo en la escritura de liquidación, número 4395 de 19 de diciembre de 1953, Notaría 1ª de Cali.

3. El Tribunal estuvo en la necesidad de atribuír a ese reconocimiento el valor pleno que le corresponde, y de examinar y medir su alcance en derecho, en vez de buscar apoyo en inferencias colaterales desprendidas de la fragmentaria carta que obra en autos, para entender libres a los demandados según las fechas de entrega de caolín, como anteriores al hecho de la nueva sociedad entre Vallejo Peláez y Echeverri Guzmán, pero sin cuidarse de advertir que el monto de esas entregas es el de las mismas 188 toneladas, como corroborante de la confesión.

4. Hay diferencia entre 188 toneladas de caolín y las 400 que contempla la demanda inicial. Pero como se trata de cantidades homogéneas, pueden restarse, y la cuantía de la deuda aparece probada apenas en parte: hasta concurrencia de $ 4.700.00 por principal, como valor de 188 toneladas de caolín, a $ 25.00 cada una. Mas como Vallejo Peláez no estuvo el 27 de septiembre de 1955 en ejercicio de las funciones de Gerente de la compañía, liquidada desde el 19 de diciembre de 1953, y ese ejercicio es indispensable al tenor del artículo 607 del Código Judicial, para comprometer a la sociedad y consiguientemente al socio Echeverri Guzmán, la confesión que en tal fecha hizo no pudo ligar sino a quien la efectuó: a Pedro Vallejo Peláez, que, en conformidad con el imperativo del artículo 542 del Código de Comercio, responde como socio liquidador. Y puesto que la falta de registro en la

Cámara de Comercio de Cali, así de la escritura social como la de liquidación de *Talcos de Colombia Ltda.*, no puede oponerse a terceros en limitación de responsabilidad por las deudas contraídas de hecho, es próspera a cargo de Vallejo Peláez la súplica de pago hasta el valor demostrado de $ 4.700.00 y sus intereses legales, que como subsidiaria fue formulada en la demanda inicial del pleito; intereses que deben correr desde la fecha confesada de la deuda insoluta: 31 de octubre de 1953.

5. Así, el cargo prospera con respecto al socio liquidador, Vallejo Peláez. Mas no frente al demandado Echeverri Guzmán, a quien según lo expuesto no alcanza a comprometer el reconocimiento en las posiciones absueltas por el dicho Vallejo Peláez.

En lo concerniente a la demanda de reconvención, quedó ejecutoriado el fallo absolutorio de primera instancia, por extemporánea apelación de quien la propuso. Por manera que las anteriores consideraciones son bastantes a sustentar la sentencia de reemplazo.

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 *casa* la sentencia de fecha 25 de mayo de 1962, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali; *revoca* la de primera instancia, proferida el 2 de octubre de 1961 por el Juez 5º Civil del Circuito de Cali, y en su lugar

RESUELVE:

1º Pedro Vallejo Peláez pagará a Fernando Naranjo Toro la cantidad de cuatro mil setecientos pesos ($ 4.700.00) moneda corriente, y sus intereses, a razón del seis por ciento (6%) anual, desde el 31 de octubre de 1953 hasta que el pago se verifique.

2º Deniéganse las demás súplicas de la demanda inicial y, en consecuencia, se absuelve a Jorge Echeverri Guzmán y, en lo pertinente, a Pedro Vallejo Peláez.

3º Absuélvese a Fernando Naranjo Toro de las súplicas presentadas en la demanda de reconvención.

4º Sin costas en las instancias ni en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L. Secretario.

SERVIDUMBRE. — PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LA ACCION SOBRE SU EJERCICIO O GOCE

El quebranto del artículo 26 de la Carta sólo puede ser indirecto. — Requisitos del cargo por violación del artículo 41 de la Constitución Nacional. — El artículo 471 del Código Judicial no es de carácter sustantivo. — Violación directa de la ley.

1. Ha sostenido la Corte que no puede darse en casación el cargo por violación directa del artículo 26 de la Constitución Nacional. El quebranto de la norma citada sólo puede ser indirecto. (XCII. 831. Cas. 18 de noviembre de 1959).

Como el principio constitucional contiene un enunciado de carácter general, pues a la Constitución no le correspondería técnicamente exponer en detalle lo relativo a la competencia o a las distintas clases de procesos, la ley de enjuiciamiento civil al desarrollar y concretar el principio constitucional, determina la competencia de los Jueces, las distintas clases de procesos con sus trámites correspondientes, los medios de impugnación, los incidentes, etc., como también el efecto de las sentencias. Y si esto corresponde a la ley, es natural que a través de ella se haga el ataque en casación cuando se alega violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Esta censura, entonces, supone indicar qué disposiciones de la ley procedimental se asignaron al proceso y cuáles las pertinentes que dejaron de aplicarse, hasta el punto de darle al juicio una tramitación distinta a la que le correspondía, de tal manera que esas violaciones de medio fueran inductivas del quebrantamiento del principio que el artículo 26 consagra.

La Corte no puede dar interpretación distinta ni calificar el cargo de manera diversa de como lo ha hecho el recurrente.

2. El artículo 41 de la Constitución Nacional, en tratándose de los juicios que la ley de procedimientos civiles establece y regula, supone el ejercicio del derecho de petición a través de esos medios. No fallar de acuerdo con las pretensiones del demandante, o, inhibirse de fallar, no significaría desconocer el derecho de petición, sino que podría determinar que no se impetró el derecho con el procedimiento adecuado. En este supuesto, habría que demostrar la violación medio que causó la violación de la norma constitucional.

3. El artículo 471 del Código Judicial no es de carácter sustantivo, como así lo tiene dicho la Corte desde 1935 (XLIII, 311, Cas. 5 de julio de 1935).

4. El cargo por violación directa del artículo 948 del Código Civil supondría que la acción fuera reivindicatoria y que reunidas las condiciones de ella y los presupuestos del juicio, el fallador no aplicase esa disposición a ese juicio, completo en su forma y en su fondo. En este recurso, por razón de la sentencia inhibitoria del fallador de instancia, y en virtud del planteamiento hecho por la demanda de casación, el tema de la controversia se concreta a saber si la acción era o no la reivindicatoria, y dentro de ese concepto mal se puede tener como violada la disposición que presupone la materia de la discusión.

Para el fallador de instancia, en razón de los hechos de la demanda inicial del juicio, no se trata de una acción reivindicatoria de servidumbre sino simplemente del modo de ejercerla; cuestión ésta que no es materia de juicio ordinario sino del procedimiento especial consagrado en el Título XXVII del Código Judicial. Evidentemente no se trata de discutir la titularidad de una servidumbre sino de determinar si a consecuencia de la nueva edificación en el predio sirviente se modificó el ejercicio de ella, sin que por parte del demandado se haya desconocido su existencia, ni negado el señorío del actor sobre el predio dominante. Pretendiéndose por la parte actora que el estado de la servi-

dumbre se restituya a su situación anterior a la construcción de la nueva obra, es evidente que no se gestiona aquí acción alguna sobre el derecho mismo de servidumbre, sino simplemente sobre el ejercicio o goce de ella, lo que reclama el procedimiento especial consagrado en el artículo 872 del Código Judicial; sin que esté ausente de este procedimiento la fijación del valor de la indemnización correspondiente, como la norma citada lo preceptúa y sin necesidad de recurrir a presunción de culpa para efectos de la indemnización.

5. Cuando el ataque se hace por violación directa de la ley no es procedente recurrir al examen de las pruebas, porque el desvío del fallador no se hace a través de la apreciación de éstas, sino por el quebrantamiento de la norma respectiva, originado el error en equivocada interpretación o en indebida aplicación de la norma al caso controvertido, o en violación directa en sentido estricto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiséis de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

Por demanda presentada ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, se inició el presente juicio ordinario propuesto por Mercedes Campuzano viuda de Garay, Roberto y Hernando Garay Campuzano, frente a Alfredo Zea Vélez, para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Que el demandado Alfredo Zea Vélez no tiene un derecho de propiedad sin limitaciones sobre un predio edificado que se halla dentro del perímetro urbano de esta ciudad de Bogotá, constante de cuatro (4) plantas, marcado con los números 13-76 y 13-82 de la calle 15, y con los números 15-14, 15-42 y 15-46 de la Avenida Caracas, y demarcado con los siguientes linderos: 'Por el Oriente, antes con casa y solar de Concepción Arroyo de Garay, hoy de los señores Mercedes Campuzano viuda de Garay, Hernando y Roberto Garay Campuzano, casa marcada con el número 13-54 de la calle 15; por el Norte, con propiedad que era de la Compañía Manufacturera de Chocolates Chaves, hoy de las señoras Isabel Mejía de Riaño, de Elisa Mejía de Posada y Venancia Mejía de Andrade, casa marcada con el número 15-58 de la Avenida Caracas; por el Occidente, con propiedad que era de la Compañía Manufacturera de Chocolates Chaves, hoy con propiedad de Eugenio Gómez G., casa número 15-42 de la Avenida Caracas, de doña Elvira de Grillo, casa número 15-36 de la Avenida Caracas, del doctor Miguel Canales, casa número 15-32 de la Avenida Caracas, y del señor Alfredo Zea Vélez, casa número 13-84 y 13-86 de la calle 15; y por el Sur, con la calle 15'.

"*Segunda.* Que los demandantes, señores Mercedes Campuzano viuda de Garay, Hernando y Roberto Garay Campuzano, tienen sobre el predio especificado en la súplica anterior, un derecho real principal de servidumbre de aguas lluvias para beneficio de un predio urbano de su propiedad ubicado en la calle 15 de esta ciudad, marcado en su puerta de entrada con el número 13-54, consistente en una casa baja, de adobe, ladrillo, piedra y teja de barro, con un local para la calle, marcado en su puerta de entrada con el número 13-58 de la calle 15, su solar anexo y demás accesorios, alinderado todo así: 'Por el Sur, con la calle 15; por el Oriente, con propiedad de los herederos de José Calvo; por el Norte, con propiedad de Vásquez Hermanos; y por el Occidente, con propiedad que fue de Lucila C. de Merchán, hoy con propiedad del señor Alfredo Zea Vélez'.

"*Tercera.* Que el derecho real principal de servidumbre a que se refiere la súplica anterior consiste en que las aguas lluvias que caen sobre el predio dominante desciendan y caigan al predio sirviente por un alero de teja de barro que fue construído para tal efecto, que había existido desde el día 29 de agosto de 1904, como prolongación del tejado de la casa y a todo lo largo del costado occidental de ésta, en la siguiente forma: un alero de teja de barro con una canal de metal, con una anchura aproximada de un metro, en una extensión de diez y siete metros, más o menos, de sur a norte, que empiezan a contarse a cuatro metros con noventa y seis centímetros, aproximadamente, del paramento actual hacia el norte; y de ahí en adelante, en una extensión de veintiséis metros, más o menos, un alero de cincuenta centímetros de ancho, aproximadamente, sin canal. Todo este alero atravesaba el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, hasta cuando el demandado, por vías de hecho, lo destruyó.

"*Cuarta.* Que el demandado Alfredo Zea Vélez está obligado a restablecer a los demandantes Mercedes Campuzano viuda de Garay, Norberto y Hernando Garay Campuzano, en el pleno ejercicio de su derecho real principal de servidumbre a que se refiere en las súplicas anteriores, reconstruyendo a su costa el alero en mención, tal como se encontraba antes de destruírlo,

retirando la pared que construyó invadiendo el espacio que ocupaba el alero, a la distancia necesaria para que las aguas lluvias que caen sobre el predio dominante sean recibidas sin obstáculo por el terreno del predio sirviente.

"*Quinta.* Que la pared del predio de los demandantes Mercedes Campuzano viuda de Garay, Roberto y Hernando Garay Campuzano, que servía de división con el predio del demandado Alfredo Zea Vélez en una extensión de 47 metros con 96 centímetros, aproximadamente, y de sesenta centímetros de ancha, más o menos, era propiedad de dichos demandantes, en toda su extensión.

"*Sexta.* Que la pared determinada en la súplica inmediatamente anterior, fue destruída por vías de hecho por el demandado Alfredo Zea Vélez en una extensión de 47-96 metros a lo largo y de treinta centímetros a lo ancho, aproximadamente.

"*Séptima.* Que el demandado Alfredo Zea Vélez está obligado a restablecer la pared a que se refieren las dos súplicas inmediatamente anteriores, reconstruyéndola a su costa, tal como se encontraba antes de destruírla, y retirando la pared que construyó invadiendo la pared de propiedad de los demandantes.

"*Octava.* Que el demandado Alfredo Zea Vélez debe indemnizar a los demandantes Mercedes Campuzano viuda de Garay, Roberto y Hernando Garay los perjuicios de toda clase que les causaron y les siguen causando por la destrucción del alero y la pared en referencia; y por la consiguiente privación del ejercicio de su derecho real principal de servidumbre a que se refieren las súplicas anteriores, en la cantidad que dentro de este juicio se señalen.

"*Novena.* Que asimismo el demandado Alfredo Zea Vélez debe indemnizar a los demandantes Mercedes Campuzano viuda de Garay, Roberto y Hernando Garay Campuzano los perjuicios de toda clase que les causó y les sigue causando con los daños o deterioros que sufrió la casa de propiedad de los demandantes, especificada en la súplica segunda, a consecuencia de la edificación contigua construída por el demandante (sic) Alfredo Zea Vélez, sin los cuidados, las precauciones ni la técnica que ha debido emplear para evitar tales daños, en la cantidad que dentro de este juicio se señale.

"*Décima.* Que el demandado Alfredo Zea Vélez debe demoler, a su costa, las obras voladizas que contra todo derecho construyó en la parte alta del edificio contiguo al predio de los demandantes de que trata la súplica segunda, atravesando el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, e invadiendo de ese modo el espacio perteneciente al predio de los demandantes.

"*Undécima.* Que el demandado Alfredo Zea Vélez debe indemnizar a los demandantes, Mercedes Campuzano viuda de Garay, Roberto y Hernando Garay Campuzano, los perjuicios de toda clase que les han causado y les siguen causando en su propiedad, con la construcción de las obras voladizas a que se refiere la súplica inmediatamente anterior, a consecuencia de los daños que han sufrido y siguen sufriendo por la construcción de tales obras, la casa de propiedad de lós demandantes especificada en la súplica segunda.

"En subsidio de las súplicas primera, segunda, tercera, cuarta y octava, pido se condene al demandado, señor Alfredo Zea Vélez, a lo siguiente:

"A restituír las cosas al estado que tenían antes de la destrucción del alero de que en tales súplicas se habla, a la construcción de la pared que ocupó el espacio cubierto por aquel alero y a la reconstrucción de la pared divisoria de propiedad de los demandantes, Mercedes Campuzano viuda de Garay, Roberto y Hernando Garay Campuzano; a reconstruír el demandado, a su costa, con los mismos materiales y las mismas dimensiones que tenía, y a retirar la pared en mención más allá del espacio cubierto por el alero. O, en subsidio de lo anterior, a hacer, a su costa, las obras y reparaciones necesarias para que cesen de producirse los daños que en la casa vecina, de propiedad de los demandantes, de que trata la demanda, se han producido y siguen produciéndose a consecuencia de la destrucción del alero y la construcción de la pared en referencia, en las mismas condiciones en que se hizo. Y, sea que se acceda a lo primero, o a esta segunda súplica subsidiaria, se le condene a pagar a los demandantes el valor de todos los perjuicios en la cantidad que se fije en el juicio".

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así:

El demandado es propietario del predio especificado en la súplica primera de la demanda, por compra que de él hizo a Carlos Fajardo Herrera, Blanca Fajardo Herrera de Suárez, Alfonso Suárez Casas, Lucila Fajardo Herrera, María Ignacia Fajardo Herrera de Rueda y Francisco Rueda Herrera, mediante la escritura pública número 1049 de 6 de marzo de 1946, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá; y por haber construído el edificio de cuatro plantas que allí existe, de esquina, distinguido con los números 13-76 y 13-82 de la calle 15 de esta ciudad, y los números

15-14, 15-42 y 15-46 de la Avenida Caracas. Esta propiedad se halla gravada con el derecho real de servidumbre de aguas lluvias que sobre el predio en referencia tienen los demandantes.

Estos tienen el derecho de plena propiedad sobre el predio determinado en la súplica segunda de la demanda, por haberlo adquirido por adjudicación en el juicio de sucesión de Eduardo Garay Ortiz, protocolizado mediante la escritura pública 1095 de 4 de mayo de 1934, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá.

En la escritura número 1499 de 29 de agosto de 1904, pasada en la Notaría 5ª de este Circuito, donde figura la señora Lucila Cortés de Merchán como uno de los dueños anteriores del inmueble referido en la súplica primera, se estipuló entre otras cosas lo siguiente:

"f) Que para mayor claridad se hace constar que las servidumbres pasivas que tiene dicha casa son: la de recibir las aguas lluvias que caen del tejado de la casa colindante al oriente, en la parte que corresponde al primero y segundo patio de la casa vendida, cuyas aguas se recogen en una canal de metal que ha sido construída al efecto;...".

De acuerdo con este convenio, desde el día 29 de agosto, fecha de la dicha escritura, y de manera pacífica y no interrumpida, las aguas lluvias que caen sobre la casa de propiedad de los demandantes, descendían y caían al predio vecino, hoy del demandado, como se especifica en la súplica primera, por conducto del alero que para tal fin existía en la mencionada casa de los demandantes, alero que tuvo su existencia por más de 50 años. De esta manera los demandantes y sus antecesores en el dominio del predio relacionado en la súplica segunda, poseyeron pacíficamente por un lapso mayor de 50 años la servidumbre activa de aguas lluvias de que trata la demanda, sobre el predio que hoy pertenece al demandado.

De manera arbitraria el demandado Zea Vélez privó a los demandantes del ejercicio de la servidumbre en referencia, destruyendo el alero y construyendo en su lugar una pared sobre la pared divisoria de la casa de los demandantes, en una extensión aproximada de treinta centímetros a lo ancho y de 47 metros con 96 centímetros, aproximadamente, a lo largo.

Debido a estos hechos y a la falta de cuidado y de técnica en la cimentación y construcción de la pared en referencia, el demandado ha causado a los demandantes, y les está causando, graves daños en la casa de su propiedad, a consecuencia de lo cual han sufrido y sufren graves perjuicios de todo género.

El demandado, contra todo derecho, construyó en la parte superior de su edificio las obras voladizas que allí existen, traspasando el plano vertical de la línea divisoria de su predio con la casa contigua de los demandantes. Estas obras causan graves daños a la casa de propiedad de los demandantes y les traen notables perjuicios.

La pared occidental del inmueble de los demandantes es propia y no medianera. No obstante, el demandado Alfredo Zea Vélez, después de destruír el alero saliente del tejado, ocupó con su edificación la pared divisoria de los demandantes y la zona de aire superior a dicha pared propia, dejándola cubierta en parte.

El demandado, al contestar el libelo, dice atenerse a lo que se pruebe en el juicio, respecto a algunos de los hechos, niega otros, y propone las excepciones de prescripción y arreglo amigable.

En sentencia de 9 de febrero de 1959, el Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, falló de conformidad con las peticiones de la demanda.

La parte demandada apeló del fallo, y abierta la segunda instancia en el Tribunal, terminó con sentencia de 8 de agosto de 1960, en la cual, al revocar la de primer grado, falla en el sentido de no hacer declaración alguna sobre los extremos petitorios de la demanda. De esta sentencia, cuyos fundamentos se verán luego, interpuso el presente recurso de casación la parte demandante.

La sentencia impugnada.

El fallador de instancia se enfrentó en primer lugar al estudio de la acción ejercitada y a la inconducencia del procedimiento imprimido al juicio y, sobre el particular, después de transcribir doctrinas de la Corte, expone lo siguiente:

"Ahora bien. En el caso de este juicio es evidente, como lo sostiene el señor apoderado del demandado, que las acciones de que trata la demanda están dirigidas a obtener el reconocimiento de unas servidumbres de medianería y aguas lluvias, para que se las restablezca a la forma y condiciones como se establecieron y venían ejercitándose por los actores como dueños del predio dominante, y sobre el de propiedad del demandado, como predio sirviente, hasta el momento de la perturbación; y para que se le condene al pago de los perjuicios que por dicha perturbación y cambio en el modo de ejercerlos, les causó. Como lo es, igualmente, que tales acciones se han hecho valer, no por el procedimiento especial que específicamente consagran los artículos que forman el Título XXVII del Código de Procedimiento Civil, sino por el del juicio ordinario que

sólo es procedente 'para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, *cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales* o no autorice un procedimiento sumario', según lo previsto por el artículo 734 del mismo Código. Patentiza esta última circunstancia no sólo la determinación concreta que de esta vía se hizo en el libelo, sino el trámite mismo a que se la sometió.

"Por lo cual, y no siendo posible pronunciamiento alguno de fondo sobre las acciones, el fallo con que debe concluírse el juicio debe ser el simplemente inhibitorio".

La demanda de casación.

La demanda del recurso presenta distintos cargos, entre ellos dos por violación de la Constitución, por cuanto se afirma que fueron violadas de manera directa normas contenidas en el Título 3º de la Carta que, a su vez, integran el Título Preliminar del Código Civil, según el artículo 4º de la Ley 57 de 1887.

Sobre el particular dice el recurrente:

"Bien sabido es que las disposiciones del Título III de la Constitución Nacional sobre Derechos Civiles y Garantías Sociales, a que pertenece este artículo, forman parte integrante del Código Civil como Título Preliminar de él (artículo 49 de la Constitución), y cuando operan de manera directa garantizando un derecho, su violación en cualquiera de las modalidades que señala el artículo 520 del Código Judicial constituye causal de casación, como así lo tiene establecido la doctrina de la Corte.

"Y es lo cierto que en el fallo materia del recurso se violó por infracción directa esta norma sustantiva de derecho mediante su aplicación a un hecho que no tiene existencia en el proceso, a saber: la pretendida ilegalidad del procedimiento del juicio ordinario empleado para el ejercicio de la acción de servidumbre instaurada en la demanda. Porque la supuesta ilegalidad no existe como paso a demostrarlo:

"El artículo 872 del Código Judicial, que encabeza el Título XXVII sobre Servidumbres, y que cita el Tribunal como uno de los soportes de su decisión, dice:

'De la demanda sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes, se da traslado al demandado por tres días'.

"Mediante un estudio superficial, realizado a la ligera, el Tribunal en su sentencia y la Corte en el fallo que éste cita, han dicho de la manera más equivocada, con referencia a este texto legal, que dentro del concepto de *demanda sobre imposición de una servidumbre* queda comprendida la que se dirige a obtener la *declaración o reconocimiento* judicial de su existencia y el *restablecimiento* en su ejercicio, o sea no otra cosa que la acción *reivindicatoria* de tal *derecho real*, que instituye el artículo 948 del Código Civil. (Subraya el suscrito).

"Error manifiesto éste, que proviene de la falta de un estudio a fondo de las características propias de cada una de las diferentes clases de servidumbre, de su origen y de las acciones judiciales a que ellas dan lugar. Porque si se penetra, como debe hacerse, en tal estudio, se encontrará, sin duda, que la *imposición judicial de una servidumbre* es el hecho de establecer coercitivamente un gravamen sobre determinado predio en beneficio de otro predio de distinto dueño, cuando concurren las circunstancias que en virtud de un *mandato legal* dan lugar a ello. Lo cual no concurre sino tratándose de las servidumbres llamadas *legales*, cuya característica es ser *impuesta* por la ley cuando ocurren los hechos que ella prevé, hechos cuya existencia debe acreditarse en el juicio especial que para la efectividad de tal imposición establece el artículo 872 del Código Judicial. Entonces la servidumbre queda judicialmente *impuesta* con causa en la ley, por medio del fallo que así lo dispone a través del juicio especial que a ello se destina".

De estos y otros argumentos semejantes, y por cuanto, según el recurrente, el presente juicio es de reivindicación de una servidumbre, infiere que por haber declarado el Tribunal su inhibición, en virtud de tener el juicio como especial por tratarse de "obtener el reconocimiento de una servidumbre de medianerías y aguas lluvias, para que se la restablezca a la forma y condiciones como se establecieron y venían ejercitándose por los actores como dueños del predio dominante...", encuentra y asevera que el fallador "incurrió en violación directa de la norma sustantiva de derecho contenida en el artículo 22 de la Constitución (26 de la Constitución de 1886), como se dejó transcrito...".

La Corte considera:

1º Ha sostenido la Corte que no puede darse en casación el cargo por violación directa del artículo 26 de la Constitución Nacional, y así ha dicho:

"... La violación de la norma comentada (se refiere al artículo 26 citado) sólo puede ser in-

directa, ya que para llegar a ella es necesario primero transgredir los preceptos procesales que señalan los trámites erróneamente adoptados, así como los adecuados que dejaron de aplicarse. O sea que sucede algo análogo a lo que ocurre con la violación de preceptos probatorios como consecuencia de error de derecho en la apreciación de determinada prueba, infracción que configura la llamada violación medio respecto a la violación fin, que es siempre la norma sustancial'' (XCI, 831, cas. 18 de noviembre de 1959).

Como el principio constitucional contiene un enunciado de carácter general, pues a la Constitución no le correspondería técnicamente enunciar en detalle lo relativo a la competencia o a las distintas clases de procesos, la ley de enjuiciamiento civil al desarrollar y concretar el principio constitucional, determina la competencia de los Jueces, las distintas clases de procesos con sus trámites correspondientes, los medios de impugnación, los incidentes, etc., como también el efecto de las sentencias. Y si esto corresponde a la ley, es natural que a través de ella se haga el ataque en casación cuando se alega violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Esta censura, entonces, supone indicar qué disposiciones de la ley procedimental se asignaron al proceso y cuáles las pertinentes que dejaron de aplicarse, hasta el punto de darle al juicio una tramitación distinta a la que le correspondía, de tal manera que esas violaciones de medio fueran inductivas del quebrantamiento del principio que el artículo 26 consagra. Y si es cierto que el recurrente niega que al caso del pleito deba aplicarse el artículo 872 del Código Judicial, o sea que el juicio pueda tramitarse por la vía especial, es la verdad que ataca la sentencia por violación directa del artículo 26 de la Carta, y que la Corte no puede dar interpretación distinta, ni calificar el cargo de manera diversa de como lo ha hecho el recurrente, lo cual indica su ineptitud por la violación señalada.

2º Igualmente el recurrente censura la sentencia por violación directa del artículo 41 de la Constitución Nacional, por cuanto el sentenciador se negó a resolver las peticiones de la demanda.

El artículo de la Carta citado por el recurrente, en tratándose de los juicios que la ley de procedimientos civiles establece y regula, supone el ejercicio del derecho de petición a través de esos medios. No fallar de acuerdo con las pretensiones del demandante, o inhibirse de fallar, no significaría desconocer el derecho de petición, sino que podría determinar que no se impetró el derecho con el procedimiento adecuado. En este supuesto, como en el anterior, habría que demostrar la violación medio que causó la violación de la norma constitucional.

Tercer cargo. Afirma la demanda del recurso que la sentencia del Tribunal violó ''por infracción directa la *norma sustantiva* de derecho contenida en el inciso segundo del artículo 471 del Código Judicial...''.

Se considera:

La norma citada por el recurrente no es de carácter sustantivo como así lo tiene dicho la Corte desde 1935, cuando en sentencia de casación de 5 de julio, dijo:

''El precepto contenido en el artículo 471 cuando por algún respecto ha sido infringido, no puede por sí mismo motivar la infirmación de un fallo en casación, siendo como es de simple reflexión y orden para los jueces, quienes, si a él faltan, habrán infringido con él otras disposiciones de las que sí dan motivos de casación; en ese caso, lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, pero no la del artículo 471'' (XLII, 311, Cas. 5 de julio de 1935).

Otros cargos. En el Capítulo 4º de la demanda, el recurrente reúne los siguientes cargos:

''a) Violación del artículo 948 del Código Civil, por infracción directa. Violación que consistió en que disponiendo como dispone dicho artículo que 'los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el de herencia', no falló el Tribunal sobre la acción declarativa y resolutoria del derecho real de servidumbre de aguas lluvias ejercitada en la demanda, y no declaró ni decretó lo pedido en relación con dicha servidumbre a pesar de hallarse comprobada su existencia.

''b) Violación del artículo 940 del Código Civil, por infracción directa, porque disponiendo dicho artículo que 'el título constitutivo de una servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente', y hallándose comprobado tal reconocimiento hecho en la escritura número 1499 de 29 de agosto de 1904, de la Notaría Quinta de Bogotá, acompañada a la demanda, el Tribunal no declaró la existencia de la servidumbre allí reconocida por el dueño del predio sirviente. El Tribunal se abstuvo de apreciar dicha prueba, incurriendo así en error de derecho que lo condujo a la infracción que aquí señalo. Y digo de derecho porque la no apreciación resultó del error de derecho en que incurrió en la calificación de la acción de servidumbre ejercitada en la demanda.

"c) Violación del artículo 885 del Código Civil, por infracción directa, porque disponiendo tal artículo que 'el que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla', y estando comprobada la existencia del derecho de servidumbre, cuyo reconocimiento se pide en la demanda, el Tribunal no decretó el restablecimiento de los medios que el demandante tenía para ejercerla, y de que fue privado por el demandado, tal como dicho restablecimiento se pidió en la demanda.

"d) Violación del artículo 987, inciso tercero del Código Civil, por infracción directa, porque prohibiendo este artículo la construcción de obras voladizas que atraviesen 'el plano vertical de la línea de los predios', y estando probada la existencia de tales obras en el predio del demandado especificado en la demanda, el Tribunal se abstuvo de decretar lo que en ésta se pidió respecto de tales obras. El Tribunal dejó de apreciar la prueba de inspección ocular y de peritos con que se acreditó este hecho, incurriendo en error de derecho en tal abstención, como resultado del error de derecho contenido en la tesis que informa su decisión final. Y ese error lo llevó a la infracción aquí alegada.

"e) Violación del artículo 2341 del Código Civil, por infracción directa, porque disponiendo dicho artículo que 'el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a indemnización', y estando plenamente probado que con la construcción del edificio del demandado especificado en la demanda, se causaron graves daños en el inmueble del demandante allí mismo especificado, no obstante que el demandado no destruyó la presunción de culpa suya en la consumación de tales daños, por tratarse de actividades de suyo *peligrosas*, y de conformidad con el artículo 2356 del Código Civil, en donde la doctrina ha encontrado una presunción de culpa, y que igualmente violó el Tribunal por el mismo concepto que dejo expresado. Contribuyó a esta violación el no haber apreciado el Tribunal ninguna de las pruebas, particularmente la de inspección ocular y de peritos, que acreditaron la existencia de los daños a que se refiere la demanda, incurriendo así en error de derecho en la tal abstención, llevado por el error de derecho con que pronunció su decisión final".

Se considera:

El cargo por violación directa del artículo 948 del Código Civil supondría que la acción fuera reivindicatoria, y que reunidas las condiciones de ella y los presupuestos del juicio, el fallador no aplicase esa disposición a ese juicio, completo en su forma y en su fondo. En este recurso, por razón de la sentencia inhibitoria del fallador de instancia, y en virtud del planteamiento hecho por la demanda de casación, el tema de la controversia se concreta a saber si la acción era o no la reivindicatoria, y dentro de ese concepto mal se puede tener como violada la disposición que presupone la materia de la discusión.

Para el fallador de instancia, en razón de los hechos de la demanda inicial del juicio, no se trata de una acción reivindicatoria de servidumbre, sino simplemente del modo de ejercerla; cuestión esta que no es materia de juicio ordinario sino del procedimiento especial consagrado en el Título XXVII del Código Judicial. Evidentemente, no se trata de discutir la titularidad de una servidumbre, sino de determinar si a consecuencia de la nueva edificación en el predio sirviente se modificó el ejercicio de ella, sin que por parte del demandado se haya desconocido su existencia ni negado el señorío del actor sobre el predio dominante. Pretendiéndose por la parte actora que el estado de la servidumbre se restituya a su situación anterior a la construcción de la nueva obra, es evidente que no se gestiona aquí acción alguna sobre el derecho mismo de servidumbre, sino simplemente sobre el ejercicio o goce de ella, lo que reclama el procedimiento especial consagrado en el artículo 872 del Código Judicial; sin que esté ausente de este procedimiento la fijación del valor de la indemnización correspondiente, como la norma citada lo preceptúa y sin necesidad de recurrir a presunción de culpa para efectos de la indemnización, como el recurrente lo afirma en uno de los apartes de la demanda.

Se acusa también la sentencia por violación directa del artículo 940 del Código Civil, ya que, a pesar de figurar en el juicio la escritura número 1499 del 29 de agosto de 1904, "el Tribunal no declaró la existencia de la servidumbre allí reconocida por el dueño del predio sirviente. El Tribunal se abstuvo de apreciar dicha prueba, incurriendo así en error de derecho, que lo condujo a la infracción que aquí señalo".

En la consideración de este cargo, es suficiente recordar una vez más que cuando el ataque se hace por violación directa de la ley, no es procedente recurrir al examen de las pruebas, porque el desvío del fallador no se hace a través de la apreciación de éstas, sino por el quebrantamiento de la norma respectiva, originado el error en equivocada interpretación o en indebida aplicación de la norma al caso controvertido, o en violación directa en sentido estricto.

Respecto al cargo contenido en la letra c) de la demanda, en cuanto afirma violación del ar-

tículo 885 del Código Civil, en virtud de que el Tribunal "no decretó el restablecimiento de los medios que el demandante tenía para ejercerla, y de que fue privado por el demandado, tal como dicho restablecimiento se pidió en la demanda", conviene decir que es contradictorio con los otros cargos, pues al paso que en ellos se afirma el error del Tribunal por haber pronunciado sentencia inhibitoria, porque para el demandante la acción es de reivindicación, en el cargo que se estudia se refiere a los medios que el demandante tenía para ejercer la dicha servidumbre de aguas lluvias, lo que acusa vacilación en el ejercicio de la acción.

La alegada violación directa del artículo 987 del Código Civil, que se plantea sobre la base de que el Tribunal "dejó de apreciar la prueba de inspección ocular y de peritos con que se acreditó este hecho incurriendo en error de derecho en tal abstención", es también, desde el punto de vista de casación, antitécnica y, por tanto, ineficaz, por lo que se dijo antes respecto a la característica del cargo de violación directa.

La misma consideración se hace en lo relativo a la violación directa del artículo 2341 del Código Civil, en la cual cayó el Tribunal, según lo dice el recurrente, "por no haber apreciado ninguna de las pruebas, particularmente la de inspección ocular y de peritos...".

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 del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha ocho de agosto de mil novecientos sesenta, proferida en el juicio ordinario de Mercedes Campuzano viuda de Garay y otros frente a Alfredo Zea Vélez.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L. Secretario.

REIVINDICACION

El título de dominio y la identidad del bien que se reivindica, como elementos necesarios para la prosperidad de la acción. — Autonomía del sentenciador en la apreciación probatoria de un dictamen pericial.

1. Por imperativo conceptual la prosperidad de la acción de dominio supone en el actor la condición de propietario de lo que reivindica, calidad que debe, por lo tanto, demostrar frente al demandado, quien, como poseedor, está mientras tanto protegido por la presunción de ser dueño de la cosa que posee (artículo 762, Código Civil).

Es pues, indispensable que el título de dominio invocado por el actor incorpore a su esfera la integridad de lo que reivindica, de donde resulta: que si lo reivindicado es cosa singular, el título debe abarcar la totalidad de la misma cosa; que si apenas se trata de una cuota pro indiviso en cosa singular, el título ha de comprender la plenitud de la misma cuota; y que si la cosa singular reivindicable está en comunidad, la acción ha de intentarse, no en favor de uno o más de los condónimos aislada o autonómicamente considerados, sino en pro del conjunto de los mismos o, como se dice de ordinario, para la comunidad.

Por otro aspecto y en razón del mismo concepto inicial, el título de propiedad aducido por el demandante, debe tener existencia precedente a la constitución de la posesión ejercida por el demandado; y en caso de que éste ostente a su vez un título formal de dominio, el del actor, para ser eficaz en orden a la reivindicación, tendrá que remontarse a tiempo anterior al del poseedor enjuiciado.

Consecuencialmente, la identidad del bien reivindicado se impone como un presupuesto de desdoblamiento bifronte, en cuanto la cosa sobre que versa la reivindicación, no solamente debe ser la misma poseída por el demandado, sino estar comprendida por el título de dominio en que se funda la acción, vale decir que de nada serviría demostrar la identidad entre lo pretendido por el actor y la poseído por el demandado, si la identidad falta entre lo que se persigue y el bien a que se refiere el título alegado como base de la pretensión.

2. El sentenciador, en su prudente juicio, es autónomo para acogerse al dictamen pericial, como prueba de no existir correspondencia entre el bien reivindicado y los títulos con que por el actor se ha pretendido estructurar su dominio; y su conclusión es intocable en el recurso extraordinario, cuando no aparece viciada de error evidente de hecho.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., treinta de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(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 Buga, con fecha 9 de diciembre de 1960, en el juicio ordinario seguido por José Jesús Ramírez H. frente a Sergio Rodríguez B.

I

Antecedentes.

Por Resolución número 1914 de 7 de junio de 1956, del Ministerio de Agricultura —División de Recursos Naturales, Sección de Baldíos—, le fue adjudicado definitivamente a Sergio Rodríguez B., a título de cultivalor, el terreno baldío denominado "La Nubia", comprensivo de una extensión superficial aproximada de siete (7) hectáreas y cinco mil (5.000) metros cua-

drados, ubicado en el paraje de "Berlín", Municipio de Calima, Departamento del Valle del Cauca, y determinado por los linderos en tal acto referidos.

Por otra parte, José Jesús Ramírez Henao vino a comprar a Sofía Patiño de Ocampo, mediante la escritura número 853 de 30 de junio de 1958, otorgada ante el Notario 2º de la ciudad de Buga, una finca agrícola, ubicada en la región de "Berlín", en jurisdicción del Municipio de Calima, compuesta de una pequeña casa de habitación, con cultivos de café, plátano, pasto común y guadual, de extensión superficial aproximada de diez (10) plazas, comprendida por los siguientes linderos: "Oriente, con predio de José Caicedo, en parte, y en parte con predio de Sergio Rodríguez B.; Norte, con predio de Sergio Rodríguez B.; Occidente, con la carretera que del Darién conduce a la propiedad denominada 'Berlín'; y Sur, con predio de Moisés Figueroa".

Hubo la finca últimamente especificada la señora Sofía Patiño de Ocampo, por adjudicación que se le hizo en el remate efectuado el 30 de enero de 1957, aprobado el 25 de febrero siguiente, en el juicio ejecutivo seguido por la misma Sofía Patiño de Ocampo contra Ofelia Patiño de Patiño, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Buga.

El acta del mencionado remate señala como títulos de adquisición de la ejecutada, respecto de este inmueble, los contenidos en las escrituras números 137 de 15 de junio, 145 de 20 de julio (sic) y 226 de 6 de septiembre, todas de 1945, y de la Notaría de Darién —Calima—. Según el primero de estos títulos, Ofelia Patiño de Patiño adquirió en permuta de Tomás Cipriano Patiño Vélez el derecho a éste correspondiente en la sucesión intestada e ilíquida de Emilia Vélez de Patiño sobre la finca denominada "El Carmen", contentiva de cuarenta y dos (42) hectáreas de superficie y situada en el paraje de "Berlín", en el nombrado Municipio; según el segundo de tales títulos la mencionada Ofelia compró a Arturo Patiño Vélez el derecho a éste correspondiente en la dicha sucesión intestada e ilíquida de Emilia Vélez de Patiño, sobre la misma finca de "El Carmen" que se acaba de relacionar; y por el último, la propia Ofelia hubo en permuta del señor K. F. Jensen un lote de terreno, de extensión superficial de una (1) plaza, más o menos, que forma un triángulo, segregado de mayor extensión denominada "El Vergel", ubicada en el paraje de este nombre, en jurisdicción del mismo Municipio.

II

El litigio.

Así las cosas, José Jesús Ramírez Henao demandó en juicio ordinario a Sergio Rodríguez B., para que se declare que pertenece al actor, en pleno dominio, el fundo rural, de extensión de diez (10) plazas, aproximadamente, determinado por los linderos atrás descritos y se condene al demandado a su restitución, con las cosas que forman parte del mismo o que se reputan inmuebles por su conexión con él y a pagarle el valor de sus frutos, así los percibidos como los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado hasta el momento de la entrega, más el costo de las reparaciones que se hubieren causado por culpa del poseedor, y sin que el demandante esté obligado a indemnizar las expensas necesarias, por ser el reo poseedor de mala fe.

En la narración de los *hechos* de la demanda, además de los antecedentes al principio indicados, alegó el actor, entre otros, los siguientes: que éste adquirió el dominio de la finca perseguida, de quien era su verdadero dueño, o sea de la señora Sofía Patiño de Ocampo; y que el demandante está privado de la posesión material del mismo fundo, la que tiene actualmente el demandado, quien comenzó a poseerlo desde el 27 de octubre de 1953, derivando tal posesión de una diligencia de secuestro practicada por el Juzgado 1º (sic) Civil del Circuito de Buga, en el juicio ejecutivo de Sofía Patiño de Ocampo contra Ofelia Patiño de Patiño, juicio en el que, habiéndose opuesto Sergio Rodríguez B. como poseedor material, se le dejó la finca en calidad de secuestre y se le negó su oposición.

En *derecho*, fundose el libelo en los artículos 665, 669, 673, 946, 949, 950, 952, 954, 957, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965 y 966 del Código Civil y en otros del Código Judicial.

En su contestación, por medio de mandatario, el demandado afirmó ser cierto que "viene explotando económicamente desde hace muchos años los terrenos que integran su hacienda agropecuaria en el Municipio de Darién, con justo título y con plena posesión de buena fe"; invocó, como uno de tales títulos, la adjudicación de baldíos otorgada a su favor por el Estado; no convino, por lo demás, en los hechos alegados por el actor y se opuso a que se otorguen las declaraciones por éste impetradas.

Concluyó la primera instancia con sentencia del Juez 1º Civil del Circuito de Buga, absolutoria del demandado, la que apelada por el actor

fue confirmada por el Tribunal Superior mediante la de fecha 9 de diciembre de 1960.

Interpuesto contra la última, por el litigante vencido, el recurso de casación, y tramitado éste en forma, entra la Corte a resolverlo.

III

La sentencia impugnada.

Aunque advierte que en este litigio están satisfechos los presupuestos de cosa singular reivindicable, posesión material de ella por el demandado e identidad de la misma con la que se reivindica, llega el sentenciador a la conclusión de que entre los títulos presentados por el demandante para acreditar el dominio que invoca y el presentado por el demandado para oponerse a la acción, ha de darse la preferencia al último, desechando las pretensiones del actor. A este efecto, el Tribunal discurre así:

Que el demandante, para demostrar el origen y la tradición del derecho de dominio que alega, pretende eslabonar su titularidad a la Resolución número 606 del Ministerio de la Economía Nacional de 23 de octubre de 1943, por la cual se confirmó la adjudicación que la Gobernación del Valle del Cauca había hecho a José Joaquín Patiño Vélez, de un terreno baldío (según las copias que de tal Resolución obran en el proceso, este terreno, de extensión superficial de cuarenta y dos hectáreas, con casa de habitación y cultivos de varias clases, denominado "El Carmen", está ubicado en el paraje de "Berlín" del Municipio de Calima, en el Departamento del Valle del Cauca, y determinado por los linderos que la misma Resolución reza);

Pero que tal enlace no existe, porque la cadena de los títulos se interrumpe en el remate hecho por Sofía Patiño de Ocampo, en el juicio ejecutivo que adelantó contra Ofelia Patiño de Patiño ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Buga, cuya diligencia con su auto aprobatorio fue protocolizada por medio de la escritura número 349 de 10 de marzo de 1958, comoquiera que lo que la ejecutada Ofelia Patiño de Patiño tenía adquirido, según la tradición que se reseña en la misma acta de remate, eran "derechos herenciales sobre las sucesiones ilíquidas de Emilia Vélez de Patiño y José Joaquín Patiño Vélez radicados en una finca de cuarenta y dos plazas de extensión, ubicada en el paraje de 'Berlín', jurisdicción del Municipio de El Darién. El único cuerpo cierto que adquirió la señora Ofelia Patiño Vélez de Patiño se refiere a un lote de terreno de una plaza, más o menos, ubicado en el 'Vergel', permutado al señor K. F. Jensen por medio de escritura número 226 de 6 de septiembre de 1945, otorgada en la Notaría de El Darién, pero no quedó demostrado dentro del expediente que este lote forme parte del predio materia de la demanda, ni que los derechos adquiridos por la señora Ofelia Patiño de Patiño del señor Tomás Cipriano Patiño Vélez por medio de escritura número 137 de 15 de junio de 1945, otorgada en El Darién, y del señor Arturo Patiño Vélez por medio de escritura número 145 de 20 de julio (sic) del mismo año, otorgada también en El Darién, vinculados a la finca rural denominada 'El Carmen', de cuarenta y dos hectáreas, ubicada en el Municipio de El Darién o Calima, quedaron igualmente vinculados al fundo materia de la demanda por haber formado éste parte de aquélla, pues los señores peritos en su dictamen pericial rendido ante esta Sala con fecha 22 de septiembre último al absolver uno de los puntos del cuestionario del apoderado del actor, dijeron textualmente: 'Los linderos del predio examinado por nosotros no coinciden con los títulos escriturarios a que se refiere el doctor Luis Escobar Cruz en este punto; pues basta con leer las escrituras 137 de 15 de junio de 1945; 145 de 20 de julio (sic) de 1945 y la escritura número 226 de septiembre de 1945, para ver que tales alinderaciones no coinciden con las que en la actualidad tiene el predio materia del litigio' ";

Que entonces el demandante sólo podría juntar a su titularidad inscrita la de su causante a título singular, señora Patiño de Ocampo, quien "no había adquirido cuerpo cierto, sino derechos herenciales en las sucesiones ilíquidas de Emilia Vélez de Patiño y José Joaquín Patiño Vélez, que aún no han sido liquidadas, como lo dice el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Buga";

Que el demandado presentó como título de dominio a su favor sobre el predio materia de este juicio, la copia de la Resolución del Ministerio de Agricultura número 1914 de 7 de junio de 1956, por la cual se le adjudicó en su calidad de colono cultivador el terreno baldío denominado "La Nubia", situado en el paraje de "Berlín", Municipio de Calima, de extensión de siete y media (7½) hectáreas, aproximadamente, ocupadas todas con cultivos de varias clases, Resolución que fue inscrita en la Oficina de Registro de Buga el 26 de junio de 1956; y "según el dictamen rendido por los peritos Ricardo Zúñiga Ch. y Marco Tulio Hernández, quienes actuaron en la diligencia de inspección ocular practicada por esta Sala el 17 de septiembre último, el predio materia de la diligencia 'está incluído

dentro de los linderos generales de la finca 'La Nubia', adjudicada al señor Sergio Rodríguez por Resolución número 1914 de 7 de junio de 1956, y debidamente registrada en la Oficina de Registro de Buga el día 26 de junio de 1956' '', y

Que esta Resolución a favor de Sergio Rodríguez B., como título de dominio, es superior al consistente en la escritura número 853 de 30 de junio de 1958, de la Notaría 2ª de Buga, mediante la cual el demandante Ramírez Henao compró la finca a la señora Sofía Patiño de Ocampo, por las siguientes razones: porque la Resolución, que según el artículo 77 del Código Fiscal equivale a una escritura pública, es anterior al título presentado por Ramírez; porque la adjudicación hecha por esa Resolución está amparada por la presunción de derecho que consagra el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, en cuanto ha transcurrido más de un año desde su registro legal, y porque esa presunción no admite prueba en contrario.

IV

La acusación.

Dos cargos propone el impugnante, en el ámbito de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, la sustancia de los cuales cabe recoger en la siguiente síntesis:

Primer cargo. Violación indirecta de los artículos 768, 775, 789, 791, 946, 950, 952, 963, 964 y 971 del Código Civil, por errónea apreciación o falta de apreciación de los medios probatorios que, según el recurrente, acreditan la calidad invocada por el actor, de dueño del predio en litigio.

En desarrollo de esta imputación se alega:

a) Que el Tribunal apreció erróneamente el dictamen pericial efectuado en la segunda instancia, al entender que, según éste, no aparece que forme parte de la finca disputada el lote de terreno ubicado en ''El Vergel'', que Ofelia Patiño de Patiño hubo de K. F. Jensen, mediante la escritura número 226 de 6 de septiembre de 1945, ni que estén vinculados a la misma finca del pleito los derechos que sobre el inmueble de ''El Carmen'' adquirió de Tomás Cipriano y Arturo Patiño Vélez la nombrada Ofelia, según las escrituras números 137 y 145 de 15 y 20 de junio de 1945, porque, aunque los peritos conceptuaron que los linderos del predio examinado ''no coinciden con los títulos escriturarios'', es ilógico pretender que los linderos del todo coincidan con los de cada una de las partes;

b) Que el Tribunal dejó de apreciar el documento de 3 de diciembre de 1951, por el cual la nombrada Ofelia prometió dar en venta al demandado Rodríguez la misma finca materia de este pleito, y en el cual documento los contratantes identifican ésta, determinando su procedencia, en cuanto allí se dice que la hubo la vendedora, en parte por herencia de sus finados padres, Joaquín Patiño y Emilia Vélez, y las otras partes de manos de Knud Forum Jensen y Arturo Patiño y Cipriano Patiño, ''tal como consta en las correspondientes escrituras''; siendo de observar que los linderos asignados a la finca en tal documento de promesa son los mismos con que ella se determina en la demanda, los mismos con que fue identificada en la inspección ocular practicada por el Tribunal en este juicio, e iguales a los que figuran en la escritura número 853, por la cual la compró el demandante a Sofía Patiño de Ocampo, como también iguales a los con que fue adjudicada a esta señora en el remate efectuado en el juicio ejecutivo contra Ofelia Patiño de Patiño;

c) Que las referidas escrituras 137 y 145, otorgadas por los señores Patiño Vélez, dan la alindación general del predio de ''El Carmen'' que fue adjudicado al padre legítimo de los mismos, señor José Joaquín Patiño Vélez, mediante la resolución número 606 de 23 de octubre de 1943, del Ministerio de la Economía Nacional, Departamento de Tierras, Sección de Baldíos;

d) Que ''no fue debidamente apreciada'' por el sentenciador la escritura 226 de 6 de septiembre de 1945, por la cual Ofelia Patiño Vélez de Patiño hubo de K. F. Jensen un lote de terreno de extensión de una (1) plaza, más o menos, contra la quebrada ''Santa Isabel'', a continuación del predio de ''El Vergel'', pues, de haberla apreciado bien, no habría negado la reivindicación, cuando menos, de esa porción concreta, tomando en cuenta lo expresado en el referido documento de promesa de compraventa que incluye esa adquisición en la integración del fundo en disputa;

e) Que el fallador tampoco tuvo en cuenta los títulos antecedentes del dominio de la porción que Knud Forum Jensen transfirió a la referida Ofelia, contenidos en las escrituras números 891 de 18 de mayo de 1945, 45 de 11 de enero de 1944, 176 de 17 de febrero de 1942 y 313 de 28 de octubre de 1912, otorgadas todas en la Notaría 1ª de Buga, y

f) Que ''por no haber apreciado correctamente los elementos probatorios anteriormente relacionados, principalmente el documento de

promesa de compraventa y piezas adjuntas traídas en copia del juicio ejecutivo seguido por Sofía Patiño de Ocampo contra Ofelia Patiño de Patiño ante el Juez Civil del Circuito de Buga, que se encuentran desde folio 10 hasta folio 24 del cuaderno 2º del expediente de este juicio, concluyó el Tribunal sentenciador que el actor no tenía titularidad del dominio sobre el fundo que reivindica sino a partir del 28 de febrero de 1958, fecha de registro del remate efectuado por su tradente Sofía Patiño de Ocampo en el prenombrado ejecutivo; y que entonces tiene preferencia el título exhibido por el demandado, vale decir, la Resolución número 1914 de 7 de junio de 1956, pronunciada por el Ministerio de Agricultura sobre adjudicación del 'baldío' llamado 'La Nubia', que comprende el predio en disputa, al demandado Sergio Rodríguez B.''.

Segundo cargo. Formulado por violación directa del artículo 6º de la Ley 97 de 1946 e indirecta de los artículos 946, 950, 952, 963, 964 y 971 del Código Civil, se hace consistir en lo siguiente:

Que la presunción de derecho, de que todo terreno adjudicado por el Estado, con base en una explotación con cultivos o establecimiento de ganados por un período no menor de cinco años, ha sido baldío, sólo ampara aquellas adjudicaciones en que los cultivos o explotación referidos hayan sido realizados por el peticionario y no por otras personas de cuyo trabajo se apropie el interesado, y siempre que tales labores abarquen un período no menor de cinco años; y que, como Sergio Rodríguez no alcanzó a ser cultivador por cinco años, antes de la fecha de la Resolución número 1914 de 7 de junio de 1956, por la cual se le adjudicó la finca ''La Nubia'', pues que su posesión se inició el 3 de diciembre de 1951, en que, mediante la promesa de venta que le otorgó Ofelia Patiño de Patiño, recibió de ésta tal finca, como por otra parte lo afirman las declaraciones de Julio Fernández, Moisés Figueroa, Rubén Giraldo y Roberto Londoño, tanto más cuanto que la propia Resolución manifiesta que ''la explotación económica del referido terreno data de treinta (30) años, según lo consignaron los peritos por los vestigios existentes y el estado actual de los cultivos'', resulta que el sentenciador violó directamente el mencionado artículo 6º de la Ley 97 de 1946, al considerar que la adjudicación mencionada goza de la presunción de derecho establecida por tal precepto, y

Que si, como se sostiene en el cargo anterior, la finca en litigio, en cuanto a lo que Ofelia Patiño de Patiño adquirió de sus hermanos Tomás Cipriano y Arturo, es parte del predio de ''El Carmen'' anteriormente adjudicado por el Ministerio de la Economía Nacional por Resolución número 606 de 23 de octubre de 1943, al señor José Joaquín Patiño Vélez, quien había comprado mejoras allí a Luis F. Orozco mediante escritura número 321 de 14 de junio de 1927, de la Notaría de Tuluá, y, en cuanto a lo que Ofelia hubo en permuta de K. F. Jensen, su procedencia se encuentra en una cadena de títulos que arranca de 1912, quiere decir que lo adjudicado a Sergio Rodríguez B. por la Resolución 1914 de 1956 no era baldío y que, por lo tanto, ''la falta de apreciación y la errónea apreciación'' de los elementos probatorios enumerados en este cargo llevaron al Tribunal, no sólo a la conclusión equivocada de que el demandado Rodríguez quedó amparado con presunción de derecho como adjudicatario de lo que no era baldío, con infracción directa del artículo 6º de la Ley 97 de 1946, sino a violar indirectamente los artículos del Código Civil sobre reivindicación indicados por el recurrente.

V

La Corte considera:

Por imperativo conceptual, la prosperidad de la acción de dominio supone en el actor la condición de propietario de lo que reivindica, calidad que debe, por lo tanto, demostrar frente al demandado, quien, como poseedor, está mientras tanto protegido por la presunción de ser dueño de la cosa que posee (artículo 762, Código Civil).

Es, pues, indispensable que el título de dominio invocado por el actor incorpore a su esfera la integridad de lo que reivindica, de donde resulta: que si lo reivindicado es cosa singular, el título debe abarcar la totalidad de la misma cosa; que si apenas se trata de una cuota *pro indiviso* en cosa singular, el título ha de comprender la plenitud de la misma cuota; y que si la cosa singular reivindicable está en comunidad, la acción ha de intentarse, no en favor de uno o más de los *condónimos* aislada o autonómicamente considerados, sino en pro del conjunto de los mismos o, como se dice de ordinario, para la comunidad.

Por otro aspecto y en razón del mismo concepto inicial, el título de propiedad aducido por el demandante debe tener existencia precedente a la constitución de la posesión ejercida por el demandado; y en caso de que éste ostente a su vez un título formal de dominio, el del actor, para ser eficaz en orden a la reivindicación, tendrá que remontarse a tiempo anterior al del poseedor enjuiciado.

Consecuencialmente, la *identidad* del bien reivindicado se impone como un presupuesto de desdoblamiento bifronte, en cuanto la cosa sobre que versa la reivindicación, no solamente debe ser la misma poseída por el demandado, sino estar comprendida por el título de dominio en que se funda la acción, vale decir que de nada serviría demostrar la identidad entre lo pretendido por el actor y lo poseído por el demandado, si la identidad falta entre lo que se persigue y el bien a que se refiere el título alegado como base de la pretensión.

Ahora bien, en la especie *sub judice,* el fallo del Tribunal se apoya en dos consideraciones de orden primordial, según lo expuesto:

a) Que la cadena de títulos presentados por el actor para demostrar el dominio que alega sobre la finca perseguida, se interrumpe en el remate que de la misma hizo Sofía Patiño de Ocampo en la ejecución por ésta adelantada contra Ofelia Patiño de Patiño, registrado el 28 de febrero de 1958, porque, aparte la adquisición que la ejecutada hizo, a título de permuta de K. F. Jensen, de un lote de terreno de una plaza, más o menos, ubicado en "El Vergel", como cuerpo cierto, mediante la escritura número 226 de 6 de septiembre de 1945, lo demás que ella adquirió fueron unos derechos herenciales de Tomás Cipriano y Arturo Patiño Vélez vinculados a la finca de "El Carmen", en las sucesiones ilíquidas de Emilia Vélez de Patiño y José Joaquín Patiño Vélez, según las escrituras números 137 y 145 de 15 y 20 de junio de 1945, respectivamente, las cuales sucesiones "aún no han sido liquidadas", y

b) Que no se demostró en el juicio que el lote en "El Vergel", adquirido de K. F. Jensen, ni la dicha finca de "El Carmen", en que se radicaron aquellos derechos herenciales, hubieran venido a formar parte del inmueble ahora reivindicado, en cuanto los peritos conceptuaron que los linderos del predio examinado no coinciden con los títulos escriturarios.

No ha confutado el impugnante la verdad de ninguna de estas consideraciones:

La evidencia de la primera resulta de los propios títulos aducidos por el actor, pues está a la vista que por las mencionadas escrituras números 137 y 145 de 15 y 20 de junio de 1945, Ofelia Patiño de Patiño solamente adquirió unos derechos, sin determinación de cuota, vinculados a la finca de cuarenta y dos (42) hectáreas denominada "El Carmen", en la sucesión ilíquida de Emilia Vélez de Patiño, como cónyuge legítima del finado José Joaquín Patiño Vélez, cuyas sucesiones, según el certificado del Registrador de Buga (c. 2, f. 36 vt.), "no aparecen registradas". Así, pues, el remate que, en la ejecución contra Ofelia, hizo Sofía, el 30 de enero de 1957, de la finca de extensión aproximada de diez (10) plazas, materia del presente pleito, no pudo conferirle, en cuanto a lo concerniente al inmueble de "El Carmen", el dominio de cosa singular, de que carecía la ejecutada, por lo que tampoco pudo luego Sofía transferirlo al actual demandante José Jesús Ramírez H.; y si ya para el día de aquel remate, 30 de enero de 1957, el demandado Sergio Rodríguez B. era poseedor de la finca litigada, con el ítem de tener sobre ella el título que le confirió el Estado mediante la Resolución número 1914 de 7 de junio de 1956, del Ministerio de Agricultura, por la cual se le adjudicó el terreno baldío denominado "La Nubia", terreno éste dentro de cuyos linderos, según el dictamen pericial, está incluído el del pleito, quiere decir que el reivindicante no ha presentado a su favor un título de dominio que sea prevaleciente contra la posesión del demandado. En efecto, frente a éste y en las circunstancias que el debate ofrece, el actor no podría ejercitar otros derechos que los mismos que pudo ejercer su mediata causante Ofelia Patiño de Patiño; y si ésta, en lo tocante con la finca de "El Carmen", no tenía sino derechos de cuantía no determinada en unas sucesiones ilíquidas, y si con tales títulos —los consistentes en las escrituras números 137 y 145 de 15 y 20 de junio de 1945— no hubiera ella podido reivindicar en su propio nombre y para sí, contra Sergio Rodríguez B., lo correspondiente a la finca de "El Carmen", tampoco puede hacerlo ahora el demandante Ramírez H.

No menos cierta es la segunda de las aludidas consideraciones del juzgador, o sea la relativa a la no correspondencia del predio que se reivindica con los títulos escriturarios en que el actor entiende respaldar su pretendido dominio. Porque la inteligencia dada por el Tribunal al dictamen que sobre este punto rindieron los peritos, es la que naturalmente suscitan sus términos, sin que, por lo tanto, pueda caber el error manifiesto de hecho que le imputa la censura. En efecto: a los peritos se les interrogó en el punto 4º del cuestionario propuesto por la parte actora, sobre si la finca materia del pleito es la misma que Ofelia Patiño de Patiño adquirió mediante los actos contenidos en las citadas escrituras, números 137, 145 y 226 de 1945, de la Notaría del Darién; y a esta cuestión respondieron así: "Los linderos del predio examinado por nosotros no coinciden con los títulos escriturarios a que se refiere el doctor Luis Escobar C., en este punto; pues basta con leer las escrituras 137

de 15 de junio de 1945; 145 de 20 de julio (sic) de 1945 y la escritura número 226 de septiembre de 1945, para ver que tales alinderaciones no coinciden con las que en la actualidad tiene el predio materia del litigio''.

Es evidente que el pensamiento en esta respuesta palpitante no es otro que el de que la finca del litigio no aparece consistir o comprenderse en la a que se refiere el conjunto de los títulos susodichos; y es en función de este significado como razonablemente cabe entender la explicación dada por los peritos, de que ''tales alinderaciones no coinciden con las que en la actualidad tiene el predio materia del litigio''. Pretender, como lo hace el recurrente, que lo que los peritos quisieron expresar fue que los linderos individuales de cada porción —la procedente de ''El Carmen'' y la procedente de ''El Vergel''— no son los mismos del conjunto o totalidad, y que, por lo tanto, el Tribunal erró de hecho al estimar que lo que los expertos dijeron es que dentro de los linderos que el conjunto de tales títulos configura no aparece comprendida la finca reivindicada, sería hacerles responder a los expertos una simpleza no prevista en el interrogante que les fuera formulado, y al sentenciador asignarle un error de hecho en que evidentemente no ha incurrido.

Ni a este respecto cabe encontrar error por falta de apreciación por el Tribunal, del documento de la promesa de venta que con fecha 3 de diciembre de 1951 celebraron Ofelia Patiño de Patiño y Sergio Rodríguez B., y cuyo texto reza que ''la aludida y alinderada finca la hubo la exponente vendedora, una parte por herencia de sus finados padres, de nombres Joaquín Patiño y Emilia Vélez, y las otras partes que la componen las hubo de manos de Knud Forum Jensen y Arturo Patiño y Cipriano Patiño, tal como consta en las correspondientes escrituras'', por las siguientes razones: porque el Tribunal no ignoró ese documento, el que tuvo a la vista, para referirse al mismo, al tratar de la posesión del demandado, lo que significa que no omitió apreciarlo; porque las indicaciones que el mismo documento suministra en cuanto al modo como la prometiente Ofelia adquirió la finca son imprecisas; pues no determina ni la naturaleza de los actos entre vivos a que se refiere, como tampoco cita los instrumentos en que ellos se hubieran contenido, ni la extensión material que por razón de cada uno hubiera concurrido a la formación de la finca; y porque, así las cosas, el sentenciador, en su prudente juicio, era autónomo para acogerse al dictamen pericial, como prueba de no existir correspondencia entre el bien reivindicado y los títulos con que por el actor se ha pretendido estructurar su dominio, que es conclusión intocable en el recurso extraordinario, por no aparecer viciada de error evidente de hecho, según quedó visto.

Y como los dos argumentos del fallador que se dejan contemplados y cuya verdad no ha sido desvirtuada en el recurso, constituyen por sí solos apoyo suficiente para mantener en pie la sentencia recurrida, ello excusa el entrar en el estudio de los demás aspectos de la censura, la que resulta impróspera.

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 nueve (9) de diciembre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA ESTIPULACION POR OTRO NO ES VALIDA EN UN CONTRATO PROHIBIDO POR LA LEY, COMO ES EL DE COMPRAVENTA ENTRE EL PADRE Y SUS HIJOS MENORES

Sociedad conyugal. — A la de la Ley 28 de 1932 le es aplicable el artículo 1781, ordinal 5º, del Código Civil. — No es oponible a terceros la venta de cuerpo cierto de la comunidad hereditaria. — Las apreciaciones globales de las pruebas no son de recibo en instancia.

1. Según lo ha declarado la Corte, el artículo 1781, ordinal 5º, Código Civil, es aplicable a la sociedad conyugal de la Ley 28 de 1932, y no sólo a partir del día de la disolución del matrimonio, como puede creerse, desvirtuando de esta manera la sociedad conyugal de dicha ley, ya que el principio que informa la comunidad de bienes entre los cónyuges, subsiste en el régimen de la Ley 28, durante la unión conyugal, como también lo ha repetido la Corte (Cas. octubre 20 de 1937, XLV. 1928. 630).

2. No se ajusta al artículo 1852 del Código Civil el convenio de venta en que figuren como adquirentes, definitivos o eventuales, hijos menores del tradente, sin que sea válido invocar, como lo hace el sentenciador, la circunstancia de haberse tratado, a su juicio, de una estipulación para otro o de una agencia oficiosa, relaciones jurídicas que precisamente ligaban o habrían de ligar a quien ejercía la patria potestad y a los hijos bajo ésta.

3. La venta de cuerpo cierto de la comunidad hereditaria cae en el ámbito del artículo 1401 del Código Civil, y no es oponible a terceros, de acuerdo con el principio de la validez de la venta de cosa ajena, consagrada en el artículo 1871, ibídem.

4. Es deber del Tribunal examinar en concreto la prueba, ya que en instancia no son de recibo las apreciaciones globales o de conjunto de los medios probatorios. No basta el juicio del juzgador sobre si los hechos aparecen o no acreditados, sino que se requiere, además, como base de ese juicio, el razonamiento que lo produjo.

Mas no por ello la prueba aducida puede tacharse en casación, por no reunir los requisitos que señala el artículo 697 del Código Judicial, cuando realmente los testimonios concuerdan en las circunstancias a que esta disposición se refiere.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Manuel Mesías Villa y otros contra Apolonio y Manuel Charfuelán Villa.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, fechada el 6 de junio de 1962.

Recurrente: la parte demandada.

I

Antecedentes.

1. José Cruz Charfuelán, cónyuge de Socorro Villa de Charfuelán, compró a José Charfuelán dos fundos llamados "Loma Alta" y "Helecho", ubicados en el Municipio de Guachucal, tal como aparece de la escritura número 195 de 30 de mayo de 1944, pasada en la Notaría del Circuito de Cumbal. Este matrimonio procreó, entre otros hijos, a Apolonio y Manuel, y al fallecer la cónyuge el 29 de octubre de 1951, los inmuebles permanecían en cabeza del comprador.

Ya disuelta, pero no liquidada, la sociedad conyugal, ni la sucesión de la consorte, el sobreviviente otorgó la escritura pública número 651 de 8 de julio de 1959, de la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales, en la cual dice vender los referidos inmuebles a sus menores hijos Apolonio y Manuel Charfuelán Villa, nacido aquél el 1º de

septiembre de 1942 y éste el 10 de febrero de 1947, "representados en este acto por Juan B. Cuatín, quien desempeña el cargo de Agente Oficioso".

Así las cosas, murió el cónyuge sobreviviente el 29 de julio de 1959.

2. Basados en estos hechos, Manuel Mesías y Sergio Antonio Villa, José Segundo Charfuelán Villa, Rosa María Villa de Villancia, mayores de edad, y Luis Charfuelán Villa, menor adulto, llamándose representantes de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de José Cruz Charfuelán y Socorro Villa de Charfuelán, y de las sucesiones de ambos, también ilíquida, demandaron a los menores Apolonio y Manuel Charfuelán para que se declare que aquellos inmuebles pertenecen a la sociedad conyugal y a las sucesiones dichas; que la expresada venta de José Cruz Charfuelán a los nombrados menores Apolonio y Manuel es nula, de nulidad absoluta, por tratarse de enajenación de padre a hijos de familia; en subsidio de esto, que la venta en referencia es inoponible a la sociedad conyugal y a las sucesiones mencionadas; más la condena de restitución de bienes y frutos percibidos desde la contestación de la demanda, en la cuantía que se establezca por medio del procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

3. Dio respuesta al libelo un curador *ad litem*. Se opuso a las pretensiones de la parte actora, no porque la propiedad de los bienes les perteneciera a sus representados, sino a la Parcialidad de Indígenas de Guachucal, cuyo Cabildo se los había adjudicado a José Cruz Charfuelán antes de éste contraer matrimonio con Socorro Villa, con arreglo al régimen legal de los Resguardos de Indios, según el cual a la muerte de un miembro de la Parcialidad los inmuebles que hubiese usufructuado por adjudicación del respectivo Cabildo, no hacen parte de la herencia ni se transmiten a sus sucesores. Y así negó que los fundos de la demanda pertenecieran a la sociedad conyugal y a las sucesiones premencionadas.

Desató el litigio, en primer grado, el Juez del Circuito de Ipiales, haciendo la declaración de dominio impetrada en favor de la sociedad conyugal y de las sucesiones, con la orden de restitución a cargo de los demandados y a favor de los actores, en su carácter de interesados o representantes de aquélla, tanto de los inmuebles como de los frutos, estimados éstos a razón de $ 200.00 anuales.

4. Apelada esta sentencia por los demandados, la confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha 6 de junio de 1962, sentencia que la misma parte hizo llegar a la Corte, para su casación. Ambos contendientes se hicieron presentes oportunamente en el recurso.

II

La sentencia acusada.

5. Dice que la acción petitoria de dominio y la de reivindicación están probadas, por haber adquirido José Cruz Charfuelán, dentro del matrimonio con Socorro Villa de Charfuelán, los bienes en referencia; por haberlos conservado hasta la muerte de la esposa, y por no serle oponible a la sociedad conyugal ni a las sucesiones ilíquidas el acto del cónyuge supérstite, sujeto a las normas que rigen la venta de cosa ajena; aparte de tratarse de cosa singular, identificada y poseída por los demandados.

En cuanto a la nulidad de la venta, comenta "que a más de las consecuencias generantes del fenómeno de la inoponibilidad que antes se anotó, y en virtud del cual la venta no produce ningún efecto contra el verdadero dueño, se debe agregar que la indicada escritura número 651 de 8 de julio de 1959, por cuanto Juan B. Cuatín, 'como agente oficioso', fue quien compró para los menores, afirmando que lo hacía con dinero de ellos, y que compraba para ellos, configura el caso de una estipulación para otros que es posible y tiene validez conforme al artículo 1506 del Código Civil. A este contrato así configurado no se le pueden fulminar las glosas en la forma que lo hace la demanda porque no aparece el padre vendiéndole (a los hijos) directamente, sino que un tercero compró para ellos, y bien claro es el artículo en preceptuar que sólo la tercera persona a cuyo favor se estipula es quien puede demandar la estipulación".

Declara, en fin, no probadas las excepciones propuestas, de improcedencia de la acción, ineptitud sustantiva en los litigantes, petición de modo indebido y de usucapión.

III

Acusación de la sentencia.

Tres cargos formula el recurrente con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo.

6. Violación directa, por falta de aplicación del artículo 1506, Código Civil, e indebida aplicación de los artículos 946 y 952 ib.

Afirma el recurrente que los menores para quienes Juan B. Cuatín compró no dieron su aceptación al contrato contenido en la escritura número 651 de 8 de julio de 1959, y por lo mismo la propiedad de los fundos no ingresó al patrimonio de ellos, hecho que la sentencia desconoce, a la vez que afirma la posesión de los mismos sobre los expresados bienes.

Segundo cargo.

7. Violación de los artículos 1506, 1759, 946 y 952 del Código Civil, y 630 del Código Judicial, debido a error de hecho sufrido por no haber apreciado el Tribunal la escritura nública número 651 de julio 8 de 1959, de la Notaría 2ª de Ipiales, error "que le impidió ver que los menores no eran poseedores actuales de los inmuebles..., que sólo tenían un derecho potencial condicionado por su aceptación, acto para el cual se hallaban incapacitados por la ley", de manera que "el poseedor actual era Juan B. Cuatín, contra quien se ha debido dirigir la acción reivindicatoria".

Agrega el recurrente que "la falta de apreciación de esta prueba constituye un error de hecho patente, captable a primera vista, error que produjo la violación directa del artículo 1759 del Código Civil, que le asigna el carácter de plena prueba a las declaraciones formuladas por los otorgantes de un instrumento público, contra ellos mismos y sus causahabientes a título universal o singular. Por el mismo concepto se incurrió también en la violación del artículo 630 del Código de Procedimiento Civil.

"Una y otra violación de los expresados textos probatorios trajo como consecuencia la falta de declaración de la existencia del fenómeno jurídico de la estipulación en favor de un tercero, lo que llevó al Tribunal a la equivocada consideración de que los menores eran poseedores actuales de los inmuebles materia de la acción reivindicatoria propuesta por los demandantes, violando así, por modo indirecto, el artículo 1506 del Código Civil que permaneció ignorado".

Tercer cargo

8. Consiste en violación indirecta de los artículos 782, 784, 646 y 950 del Código Civil, y 697 del Código Judicial, por errónea apreciación de los testimonios aducidos por la parte actora para demostrar la posesión de los demandados.

Se considera:

9. Mediante la escritura número 651, pasada en la Notaría Segunda de Ipiales el 8 de julio de 1959, José Cruz Charfuelán y Juan B. Cuatín —llamándose éste agente oficioso de los menores Apolonio y Manuel Charfuelán— celebraron un contrato en el cual el segundo estipuló a favor de los últimos, hijos del primero, la venta de dos fundos llamados "Helecho" y "Loma Alta", situados en el Municipio de Guachucal.

Estos lotes de terreno habían sido adquiridos por el vendedor dentro de su matrimonio con Socorro Villa, por medio de escritura número 195 de mayo 30 de 1944, Notaría de Cumbal, de manera que desde entonces la propiedad de los inmuebles ingresó al haber social, según el artículo 1781, ordinal 5º, del Código Civil, aplicable, según lo ha declarado la Corte, a la sociedad conyugal de la Ley 28 de 1932, y no sólo a partir del día de la disolución del matrimonio, como afirma el Tribunal sentenciador, desvirtuando de esta manera la socidead conyugal de dicha ley, ya que el principio que informa la comunidad de bienes entre los cónyuges subsiste en el régimen de la Ley 28, durante la unión conyugal, como también lo ha repetido la Corte. (Cas. octubre 20 de 1937, XLV, 1928, 630).

Disuelta en el caso presente la sociedad conyugal, por fallecimiento de uno de los consortes, pero sin haber sido liquidada, como tampoco lo fue la mortuoria de la cónyuge, el viudo José Cruz Charfuelán celebró el contrato de venta a favor de sus hijos Apolonio y Manuel, con la comparecencia de Juan B. Cuatín, como agente oficioso de éstos, según reza el mismo instrumento.

10. No se ajustó al artículo 1852 del Código Civil este convenio de venta en que figuraban como adquirentes, definitivos o eventuales, dos de los hijos menores del tradente, sin que sea válido invocar, como lo hace el sentenciador, la circunstancia de haberse tratado, a su juicio, de una estipulación para otro o de una agencia oficiosa, relaciones jurídicas que precisamente ligaban o habrían de ligar a quien ejercía la patria potestad y a dos de sus hijos bajo esta potestad.

Esto aparte, la venta del cuerpo cierto de la comunidad hereditaria cae en el ámbito del artículo 1401 del Código Civil, y no es oponible a terceros, de acuerdo con el principio de la validez de la venta de cosa ajena, consagrada en el artículo 1871 ib.

La sentencia despacha favorablemente la acción petitoria de propiedad y la de reivindicación, con apoyo en este último aspecto de la litis y sobre la base de hallarse probados los elementos constitutivos de la acción de dominio.

11. El recurso se dirige a impugnar el juicio del fallador sobre la presencia en esta contro-

versia del factor posesorio en relación con la parte demandada.

La decisión recurrida se limita a decir al respecto: "Igualmente con una pluralidad de testimonios (fs. 12 a 21 v. C. 2º) se demostró la posesión de los demandados sobre los predios "Loma Alta" y "Helecho".

El Tribunal debió examinar la prueba, ciertamente, ya que en instancia no son de recibo tales apreciaciones globales o de conjunto. No basta el juicio del juzgador sobre si los hechos aparecen o no acreditados, sino que se requiere, además, como base de ese juicio, el razonamiento que lo produjo.

Mas no por ello la prueba aducida puede tacharse en casación, por no reunir los requisitos que señala el artículo 697 del Código Judicial, porque realmente los testimonios concuerdan en las circunstancias a que esta disposición se refiere. No son muy pormenorizados, en verdad, pero al juzgador le bastaron para atribuírle valor de prueba de la posesión, sin que se advierta el quebranto del artículo citado.

Por otra parte, no se observa infracción —por ser inaplicables— de los artículos 782 y 784 del Código Civil, sobre adquisición de la posesión, porque en los supuestos que estas normas contemplan los menores pueden tener posesión, con la advertencia de que a la celebración de la venta estipulada los demandados Apolonio y Manuel contaban diez y siete y doce años, respectivamente.

No será, por tanto, el caso de infirmar la sentencia. Pero por las rectificaciones doctrinarias no se condenará al recurrente en las costas de la casación.

DECISION:

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 seis (6) de junio de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario de Manuel Mesías Villa y otros contra Apolonio y Manuel Charfuelán Villa.

Sin costas en la casación.

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

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

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

SOCIEDADES COMERCIALES

Los actos sobre constitución, reforma o extinción de aquéllas, son inoponibles a terceros cuando se omite su publicidad.

Las exigencias de la ley mercantil sobre publicidad de los actos constitutivos, reformatorios o extintivos de la sociedad comercial, tienden a proteger a los terceros, de modo que sin el lleno de ellas los actos en referencia no les son oponibles. Es lo que preceptúa el artículo 478 del Código de Comercio al decir que "los terceros podrán oponer a terceros la inobservancia de las solemnidades estatuídas"; repite el artículo 480 ibídem al disponer que "los actos enumerados en la segunda parte del artículo 465, no producen efecto alguno contra terceros", y reafirma la doctrina de la Corte contenida en la casación de febrero 23 de 1939 (XLVII, 1944. 653), al decir que "la omisión de cualquiera de estos requisitos de escritura y registro en la forma designada en la ley, deja sin efecto alguno los actos enumerados en relación con los terceros **(art. 480 ib.). En los casos en que la disolución de la sociedad debe ser publicada, esto es,** siempre que ocurra antes del vencimiento del plazo estipulado, **deben ser observadas todas las formalidades legales a que se ha hecho referencia** bajo la pena de inoponibilidad, **en forma que los** terceros pueden ejercitar válidamente sus acciones judiciales contra la sociedad, **considerándola legalmente como existente... La ley no autoriza ninguna presunción de conocimiento de la disolución social** contra terceros **que demandan la sociedad para el pago de una prestación; este conocimiento y su oportunidad tiene que ser objeto de comprobación de la parte que lo alegue contra los terceros. (Subraya ahora la Sala).**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio ordinario de Delio Cardoso Barrios contra Carlos Julio Gracia.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 23 de mayo de 1962.

Recurrente: el demandado.

I

Antecedentes.

1. De los numerosos hechos expuestos en la demanda formulada por Delio Cardoso Barrios, mayor y vecino del Espinal, tocan con el problema debatido los siguientes:

Diomedes Barrero, Carlos Julio Gracia y Delio Cardoso Barrios fundaron una sociedad de responsabilidad limitada, bajo la razón social de "Estación de Servicio San Antonio Ltda.", con una duración de diez años, con el objeto de explotar un establecimiento destinado al servicio de vehículos automotores y un capital de $ 200.000.00, aportado, parte en numerario y parte en un lote de terreno y la edificación inconclusa levantada en él, para las dependencias de la Estación. Así aparece de la escritura pública número 285 de 12 de junio de 1956, de la Notaría del Circuito del Espinal, modificada por la de 20 de noviembre del mismo año, marcada con el número 728, de la misma Notaría.

El socio Diomedes Barrero vendió su interés en la sociedad a sus consocios Gracia y Cordoso Barrios por la suma de $ 100.000.00, mediante instrumento número 510 de 31 de agosto de 1956, de la citada Notaría.

El 10 de octubre del mismo año, según escritura número 624 de la mencionada Notaría, la Esso Colombiana S. A., sociedad domiciliada en Bogotá, dio en préstamo a la nombrada sociedad la suma de $ 60.000.00, al 4% anual, con el fin de que en el lapso de tres meses fuera terminado el edificio destinado a la Estación y dotado a la

vez del equipo y elementos necesarios a su funcionamiento, con la condición de que en ella, durante los diez años y tres meses siguientes al 10 de octubre de 1956, no se expendieran otros productos que los de la casa prestamista, condición que debía subsistir en el caso de que la sociedad prestataria enajenara a terceros la totalidad o parte de la Estación de Servicios.

El 27 de diciembre de 1956, por escritura número 814, de la citada Notaría, el socio Gracia cedió su interés en la sociedad "Estación de Servicio San Antonio Ltda.", al consocio Cardoso Barrios por la cantidad de $ 50.000.00, pagadera con plazo de dos años, sin interés en los primeros seis meses, y al del 1% mensual en el resto de dicho término.

En esa convención se declaró disuelta la sociedad; se reconoció como propietario del activo a Cardoso Barrios, quien se obligó a responder por el pasivo de la sociedad extinguida y, por tanto, a cumplir los compromisos contraídos a favor de la Esso Colombiana S. A. Además, Cardoso Barrios constituyó hipoteca sobre el terreno, edificio, dependencias y equipo permanente de la Estación de Servicio, en garantía del precio del interés social adquirido de Gracia y de otros créditos.

2. Se apoyó en estos hechos el demandante para sostener que no se hizo liquidación de la sociedad "Estación de Servicio San Antonio Ltda.", ya que no aparece en la escritura número 814 de 27 de diciembre de 1956 cláusula alguna al respecto, ni "que haga la tradición del dominio y traspaso del título de la sociedad a favor de Cardoso Barrios, aunque se diga que el inmueble que por este instrumento hipoteca lo adquirió en virtud del contrato contenido en el presente instrumento, pues para que tal cosa sucediera debía decir que la sociedad adjudicaba dicho inmueble al señor Cardoso Barrios y le cede el derecho de dominio, como lo veremos al estudiar las razones de derecho, ya que, repito, no hay estipulación alguna que haga el traspaso de dominio"; y en tal virtud demanda a Carlos Julio Gracia para que por los Jueces se haga el siguiente pronunciamiento:

"*Primero.* Que el demandado, Carlos Julio Gracia, está obligado como socio y Gerente de la extinguida sociedad 'Estación de Servicio San Antonio Ltda.', y como uno de sus liquidadores, a hacer a favor de Delio Cardoso Barrios, por escritura pública, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria del fallo, la tradición en forma legal o adjudicación del inmueble social de que trata la escritura de venta de los derechos sociales del señor Gracia o Cardoso Barrios, o sea el mismo de que trata esta demanda, en los términos de los artículos 756 y 759 del Código Civil.

"*Segundo.* Que como consecuencia la hipoteca contenida en la misma escritura es nula por carecer el obligado del título de dominio sobre el inmueble, por cuanto no se le hizo la adjudicación previa.

"*Tercero.* Que la garantía hipotecaria y el contrato principal de mutuo se considerará renovado en las mismas condiciones a partir de la fecha en que se perfeccione la tradición del inmueble, y mientras tanto las sumas consignadas o pagadas por intereses se abonen al capital.

"*Cuarto.* Que se condene al demandado al pago de los perjuicios".

3. Con la oposición de Julio Gracia se tramitó la primera instancia, a la cual puso fin la sentencia del Juez Civil del Circuito de Girardot, de fecha 31 de mayo de 1960, por medio de la cual fue absuelto el demandado. Apelada por el actor para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue confirmada en fallo de 23 de mayo de 1962, del cual recurrió en casación la misma parte, quien formuló demanda ante la Corte, a la cual dio respuesta oportuna el demandado.

II

La sentencia acusada.

4. Considera, en primer lugar, que la voluntad de los dos socios podía poner término a la sociedad; y en segundo lugar, que no era menester una liquidación especial de la sociedad, debido a la adquisición que hizo el socio Cardoso Barrios, del interés del socio Gracia; que, en consecuencia, no era posible el reembolso de los aportes, ni necesario el pago inmediato del pasivo, ya que el cesionario único se hacía cargo de él, ni tampoco un acto expreso de adjudicación del activo, ya que al mismo Cardoso Barrios se le reconoció la calidad de propietario único de los bienes que pertenecían a la sociedad.

Cuanto a la tradición del inmueble, afirma que se verificó en favor de la primitiva sociedad, "por medio de la inscripción del título de constitución y la entrega material de dicho inmueble", y en favor de Cardoso Barrios, mediante el registro del instrumento de disolución, liquidación y adjudicación a Cardoso Barrios, registro verificado el 25 de diciembre de 1956 en el Libro número 1º.

Examina el sentenciador varios certificados del Registrador de Instrumentos Públicos del

Circuito del Espinal, entre los cuales observa alguna incongruencia, para concluír que prevalece el de 19 de septiembre de 1958 (fs. 29 y 30 del cuaderno No. 2), del cual aparece disuelta la sociedad en referencia y como único dueño del bien raíz el demandante.

En relación con la hipoteca que otorgó Cardoso Barrios en favor de Gracia en la misma escritura de cesión que éste le hizo de su interés social, hipoteca cuya nulidad se suplica, con fundamento en que cuando fue impuesta Cardoso Barrios no era propietario de la finca, concluye que habiéndose efectuado el registro de la escritura número 814 de 27 de diciembre de 1956, de la Notaría del Espinal, en el Libro número 1º, como lo atestigua el mismo funcionario, el gravamen fue impuesto cuando ya Cardoso Barrios era titular único del bien raíz.

III

La acusación de la sentencia.

Dos cargos se formulan con base en la causal primera de casación.

Primer cargo.

5. Violación "de las siguientes disposiciones legales: artículos 532, 535 y 544 del Código de Comercio, y 11 de la Ley 124 de 1957, sobre responsabilidad limitada y por la referencia, los artículos 2141, 1301, 1393 y 1394, primer inciso, y 969 del Código Judicial: por aplicación analógica, artículos 2652, ordinal 1º, 2654; artículos 756 y 759 del Código Civil; 2641, ordinal 1º; 2658 del Código Civil y 15 de la Ley 40 de 1932; 2662 y 2443 del Código Civil".

Dice el recurrente que debido al concepto del fallo, de que por tratarse de dos socios solamente, bastaba la enajenación del interés social del uno al otro y la declaratoria de que el activo quedaba perteneciendo de manera exclusiva al adquirente, quien se hacía cargo, por tanto, del pasivo, el fallo —se repite— violó aquellas normas, ya que "es necesario que esto no sólo se diga sino que se haga, esto es, que haya una verdadera liquidación y distribución en la práctica", particularmente si entre los bienes figuran bienes raíces, caso en el cual hay que expedirse un título a favor del adquirente, que debe ser inscrito en los términos que se dispone en el título que trata "Del registro de instrumentos públicos" (artículos 756, 759 y 2673 y siguientes del Código Civil). Por lo mismo el título debe contener las especificaciones requeridas sobre ubicación, procedencia y linderos para poder ser registrado en el Libro número primero.

"Al conceptuar el Tribunal que se cumple la tradición con el solo hecho de decir que Delio Cardoso pasa a ser dueño de todo el activo, se ha violado directamente, además de las disposiciones del numeral anterior, concretamente los artículos 756, 759, 2673, 2652, 2654 y 2658 del Código Civil, y 15 de la Ley 40 de 1932, en cuanto éstos disponen qué elementos deben reunir los títulos traslaticios de bienes raíces".

Se considera:

6. Según la cláusula 15 de la escritura número 728 de noviembre 20 de 1956, de la notaría del Espinal, otorgada por Julio Gracia y Delio Cardoso Barrios, socios únicos de la sociedad de responsabilidad limitada en referencia, pues ya el socio Barrero les había traspasado su derecho, la sociedad podía disolverse por acuerdo mutuo de los socios, como lo autoriza el artículo 2135 del Código Civil; y de acuerdo con la cláusula 21, en la misma escritura de cesión, que uno de los socios hiciera de sus derechos en la sociedad al otro, debía declararse la disolución de ésta y hacerse la liquidación de la misma.

Gracia enajenó a Cardoso Barrios su interés social, tal como aparece de la cláusula 10 del instrumento número 814 de 27 de diciembre de 1956, de la citada Notaría, y en la cláusula 14 declararon "que como consecuencia de la cesión que de su interés social hace el señor Carlos Julio Gracia al señor Delio Cardoso, la sociedad queda disuelta por ministerio de la ley".

De manera que la sociedad se disolvió debido a la cesión del derecho que en ella tenía el socio Gracia, en favor del socio Cardoso Barrios. De la misma suerte en la mencionada escritura los otorgantes proveyeron a liquidar la sociedad, de modo global, declarando en la cláusula 15: "Que como consecuencia de la disolución de la sociedad el compareciente Delio Cardoso queda como único dueño de todos los activos sociales, y en cuanto al pasivo social expresamente manifiesta que se hace cargo de pagarlo en su totalidad. Manifiesta además el compareciente Cardoso que se obliga a cumplir en todas sus partes los contratos celebrados por la sociedad disuelta con la sociedad Esso Colombiana S. A., y a pagarle la suma de $ 60.000.00 de ella recibida en mutuo en las condiciones estipuladas".

7. Si la causa del fenecimiento de la persona moral era el traspaso oneroso del derecho de uno de los dos socios al otro, se comprende que la universalidad social se trasladara al adquirente,

en lo que tenía de activo como de pasivo, sin perjuicio de terceros. De manera que todos los bienes, muebles o inmuebles, por declaración de ambas partes, se ubicaron en cabeza del cesionario, y aun cuando, para abundamiento útil, habría convenido determinar los bienes, especialmente raíces, no hay duda de que por la cesión del interés y la consiguiente disolución de la persona jurídica, el patrimonio social pasó a pertenecer a Cardoso Barrios, como cesionario. De modo que figurando en el Libro de Registro número 1º, la inscripción de la adjudicación del inmueble, a favor de la sociedad, como aporte hecho por los socios, la adquisición, por parte de Cardoso Barrios no admite la menor duda, y así el registro de la última escritura en el Libro número 1º debió efectuarse con base en la escritura de cesión y disolución de la sociedad, a favor del mismo, y por ello el certificado del Registrador, de folios 28 y 29 del cuaderno 2º, dice que "por causa de la cesión que de su interés social hace el señor Carlos Julio Gracia al señor Delio Cardoso, la sociedad queda disuelta por ministerio de la ley", y "que como consecuencia de la disolución el compareciente Cardoso queda como único dueño de todos los activos sociales".

No es, por tanto, procedente el cargo primero.

Segundo cargo.

8. Se acusa el fallo por quebranto de los artículos 455, 469, 470 y 472 del Código de Comercio, y 39 de la Ley 28 de 1931, por interpretación errónea de la prueba consistente en el certificado de la Cámara de Comercio de Ibagué, en que consta que el certificado sobre disolución de la sociedad "Estación de Servicio San Antonio Ltda.", no se publicó por no haber sido autorizada su publicación por los interesados. Por la apreciación errónea de esta prueba incurrió el Tribunal en error de derecho al conceptuar que esta omisión no es oponible, esto es, "no puede ser alegada por uno de los socios contrayentes contra el otro, en acto en que sólo concurrieron los dos socios".

Se considera:

9. El cargo, por error de derecho en la apreciación del referido certificado, no es procedente, porque la sentencia no le niega a tal certificado sobre disolución de la sociedad, el valor de prueba del hecho de no haber sido publicado porque las partes no autorizaron la publicación. Ninguna norma de carácter probatorio, que haya podido conducir a la violación de la ley sustancial, aparece infringida.

De proceder la impugnación al respecto, habría sido por quebranto directo de las disposiciones legales sobre las exigencias de la ley mercantil sobre publicidad de los actos constitutivos, reformatorios o extintivos de la sociedad comercial. Pero por este aspecto no fue acusada la providencia de segundo grado.

Y aun en este terreno cabe agregar que esas exigencias tienden a proteger a los terceros, de modo que sin el lleno de ellas los actos en referencia no les son oponibles. Es lo que preceptúa el artículo 478 del Código de Comercio al decir que "los terceros podrán oponer a terceros la inobservancia de las solemnidades estatuídas"; repite el artículo 480 ib. al disponer que "los actos enumerados en la segunda parte del artículo 465, no producen efecto alguno contra terceros", y reafirma la doctrina de la Corte contenida en la casación de febrero 23 de 1939 (XLVII, 1944, 653), al decir que "la omisión de cualquiera de estos requisitos de escritura y registro en la forma designada en la ley deja sin efecto alguno los actos enumerados en *relación con los terceros* (art. 480 ib.). En los casos en que la disolución de la sociedad debe ser publicada, esto es, *siempre que ocurra antes del vencimiento estipulado,* deben ser observadas todas las formalidades legales a que se ha hecho referencia *bajo la pena de inoponibilidad,* en forma que los *terceros pueden ejercitar válidamente sus acciones* judiciales contra la sociedad considerándola legalmente como existente... La ley no autoriza ninguna presunción de conocimiento de la disolución social *contra terceros* que demandan la sociedad para el pago de una prestación; este conocimiento y su oportunidad tiene que ser objeto de comprobación de la parte que lo alegue contra los terceros". (Subraya ahora la Sala).

En tratándose de una relación jurídica que ha venido a ventilarse entre quienes fueron al final los únicos socios de la "Estación de Servicio San Antonio Ltda.", con motivo, no del traspaso del interés social de uno de ellos al otro, ni de la disolución social verificada en consecuencia, sino de un efecto patrimonial entre ellos, a saber: la adquisición del bien inmueble por parte de Cardoso Barrios, como consecuencia de las dichas ventas del interés y disolución de la sociedad; el conocimiento del acto jurídico al otorgar la escritura número 814 de 27 de diciembre de 1956, lo obtuvieron los contratantes por el hecho mismo de haberlo celebrado, según da fe el Notario, de modo que lo estipulado en él liga a los contratantes.

DECISION:

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 veintitrés (23) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Delio Cardoso Barrios contra Carlos Julio Gracia.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DEMANDA.—ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN

El establecimiento de los hijos naturales es deber de sus padres. — Factores que integran la posesión notoria del estado civil de hijos naturales. — Pluralidad de relaciones sexuales. Incidencia jurídica de esta excepción.

1. De los artículos 205 y 737 del Código Judicial se infiere que los primeros tres factores (sujetos, petitum y causa petendi) son necesarios para configurar e identificar la pretensión, determinar los límites de la actividad del Juez y fijar la relación jurídico-procesal y la extensión de la cosa juzgada. Tales elementos integran la pretensión y deben ser expuestos con claridad y precisión, esto es, en forma de evitar cualquier duda o ambigüedad sobre ellos.

Nuestra ley procesal consagra en este punto el sistema llamado de la sustanciación, que consiste en la necesidad de exponer en la demanda los fundamentos fácticos de la pretensión, o mejor, la causa o título que la origina. Descarta, por tanto, el otro sistema denominado de la individualización, que sólo exige la expresión del petitum con aquellas indicaciones estrictamente indispensables para identificarlo. No debe olvidarse, sin embargo, que el sistema de la sustanciación no requiere puntualizar todos los pormenores de la causa petendi, sino los hechos primordiales que especifiquen el origen y la identidad de la pretensión.

2. La ley impone al padre y a la madre en común las obligaciones de criar y educar a sus hijos, así legítimos como naturales. Varios preceptos del Código Civil (257, 258, 397, 1796 y 1800) aluden al deber paterno de establecer a los mismos hijos, pero en este punto todas esas normas se refieren de manera particular a los padres y a los hijos legítimos, no a los naturales. Por este aspecto parecería a primera vista que los padres no están obligados a establecer a sus hijos naturales, pero sucede que el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, al exponer lo que se entiende por posesión notoria del estado civil de hijo natural, incluye el establecimiento de ese hijo como uno de los factores constitutivos de dicha posesión, dejando ver con ello que respecto de los hijos naturales también tienen sus padres la obligación natural de establecerlos.

3. Conforme a los artículos 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, la posesión notoria del estado civil de hijo natural constituye una situación jurídica compleja que debe estar integrada por tres factores principales, a saber: el tratamiento (tractatus), la fama y el tiempo. El primero de estos elementos consiste en que el presunto padre natural haya atendido a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. La fama radica en que, por motivo del referido tratamiento, los deudos y amigos del mismo padre o el vecindario del domicilio en general reputen al hijo como tal respecto de dicho padre. Y el factor tiempo consiste en que el tratamiento y la fama hayan durado por lo menos diez años continuos. Por exigencia especial de la ley estos tres factores deben ser comprobados de un modo irrefragable mediante un conjunto de testimonios fidedignos, esto es, que ofrezcan plena fe sobre la veracidad de sus afirmaciones.

Proveer a la subsistencia de un hijo implica suministrarle alimentos, vestuario, alojamiento y todos aquellos otros medios que requiere el desarrollo físico y normal de una persona. Atender a la educación del mismo hijo natural equivale a facilitarle el modo de obtener por lo menos la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio, como lo prescribe el artículo 62 de la Ley 153 de 1887. Y establecer un hijo significa colocarlo en una posición que le procure el modo de atender por sí mismo a sus necesidades. El tratamiento aludido, por ser una situación prolongada y compleja, puede estar rodeado de una serie de otros actos suplementarios que concurren a consolidar dicha situación, a tornarla más firme y ostensible. Tales actos pueden consistir, verbigracia, en el trato verbal de

hijo y de padre que se den los sujetos de la misma situación, en las atenciones personales que recíprocamente se prodiguen, en la presentación personal que el padre haga del hijo como tal a sus parientes, amigos y vecinos, en la convivencia de ambos bajo un mismo techo, etc. Aisladamente considerados, estos actos secundarios no constituyen la posesión notoria del estado de hijo natural, tal como la define la ley, pero sí contribuyen a estructurarla, afirmarla y revelarla, creando entre los parientes, amigos y vecinos la creencia de que las dos personas que así se tratan son en realidad padre e hijo, respectivamente.

4. La excepción plurium constupratorum o plurium concubentium **que consagra el inciso final del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no se refiere ni es oponible sino a la acción de estado que se funda en la causal de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre natural del demandante, según lo prescribe la misma disposición legal. Dicha excepción no tiene ninguna incidencia jurídica en el campo de las otras causales que autorizan la declaración judicial de paternidad natural y menos en el de la posesión notoria del respectivo estado, porque si el presunto padre le da al hijo el tratamiento de tal durante diez años continuos, por lo menos, es porque se considera progenitor de éste, con exclusión de cualquiera otra persona, y crea una situación jurídica que sólo podría llegar a destruír el tercero que demostrara ser el padre verdadero, según el artículo 406 del Código Civil.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo tres de mil novecientos sesenta y tres.

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

La señora María del Carmen Salazar Tascón demandó ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo al doctor José Joaquín Padilla Tascón, en su calidad de heredero del señor Joaquín María Tascón Gómez, para que, en sentencia proferida por la vía ordinaria, se declarara que la demandante es hija natural y heredera del difunto Tascón Gómez.

Los fundamentos de hecho de la acción de estado pueden resumirse así:

1. El señor Joaquín María Tascón Gómez falleció el seis de enero de 1959, y en su causa mortuoria fue reconocido como heredero, en su condición de hijo natural, el doctor José Joaquín Padilla Tascón.

2. Por los años de 1916 en adelante el señor Tascón Gómez tuvo relaciones sexuales estables con la señora Teresa Salazar en la vereda de Quintero y en la población de Roldanillo, y como fruto de esas relaciones nació la señora María del Carmen Salazar el 15 de junio de 1917.

3. El señor Tascón Gómez reconoció siempre, en público y en privado, a la señora María del Carmen Salazar como su hija natural; en este carácter la presentó a sus parientes, amigos y relacionados; le dio en todo momento el tratamiento de hija y proveyó a su organización y subsistencia durante más de diez años; muerta la madre de la Salazar, el señor Tascón recogió a ésta bajo su cuidado, "siendo ella quien le servía y lo cuidaba como hija, en forma tal que el hogar del señor Joaquín María Tascón Gómez en esta ciudad de Roldanillo estaba formado por el expresado señor Tascón y por mi poderdante como hija".

4. En todo tiempo y lugar, y hasta su muerte, el señor Tascón reconoció como hija suya a la señora Salazar, quien lo acompañó hasta su última morada.

5. En las postrimerías de su vida y cuando el señor Tascón se hallaba gravemente enfermo, el doctor José Joaquín Padilla obtuvo que por escritura pública aquél lo reconociera como hijo natural suyo.

6. También el demandado, doctor Padilla Tascón, ha reconocido en público y en privado que la señora Salazar es su hermana natural; mas por estimar que él se halla en situación de privilegio como hijo natural reconocido, pretendió que su dicha hermana sólo podía llevar una pequeña cuota de la herencia; por esa razón hizo extender en la Notaría de Roldanillo una escritura en que consignaba la compra a la misma Salazar de los derechos que a ésta pudieran corresponder en la sucesión del extinto Joaquín María Tascón Gómez, instrumento que la demandante no firmó por considerar gravemente lesionados sus referidos derechos herenciales.

El demandado contestó el libelo, y en su respuesta aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones de la actora.

Surtidos los trámites de la primera instancia con la correspondiente recepción de pruebas, el Juez del conocimiento profirió el fallo de 23 de marzo de 1960, en el cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió al demandado y se condenó en costas a la demandante.

La sentencia recurrida.

La misma actora se alzó contra la decisión de primer grado, y en virtud de ese recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga pronunció la sentencia de 14 de octubre de 1960, en la cual se revocó el fallo apelado y en su lugar se dispuso:

"a) Declárase que María del Carmen Salazar Tascón, mayor de edad y vecina de Roldanillo, es hija natural del señor Joaquín María Tascón Gómez.

"b) En consecuencia, la expresada María del Carmen Salazar Tascón, como heredera del señor Joaquín María Tascón Gómez, tiene derecho a intervenir en la sucesión de éste".

La motivación de este fallo contiene varias consideraciones que importa recordar.

Anota en primer término que son dos las causales que la demandante alega como fundamento de su acción de estado, consistentes en las relaciones sexuales, estables y notorias, que el señor Joaquín María Tascón Gómez tuvo con la señora Teresa Salazar, madre de la misma actora, y en la posesión notoria del estado civil de hija natural respecto del citado señor Tascón Gómez. Observa en seguida que, como lo verificó el Juez de la causa, la primera de esas causales no aparece suficientemente establecida con la prueba testimonial que se adujo. Aún más, aunque pudieran tenerse por comprobadas las relaciones sexuales, no se acreditó su notoriedad ni la época precisa en que se realizaron, de modo que no es posible deducir que la demandante Salazar fuera fruto de dichas relaciones. La sentencia descarta, pues, esta causal como fundamento de la declaración de paternidad.

Acerca de la causal de posesión notoria del estado civil de hija natural, el fallo trae a colación la doctrina expuesta por la Corte en casación de 27 de febrero de 1958 (LXXXVII, 2192, 105) sobre que, en esta materia, sólo son eficaces para sustentar la declaración de paternidad natural los hechos concernientes a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, y añade: "Si se aplica literal, fría y rígidamente la anterior doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia, los testimonios presentados por la actora para probar la posesión notoria del estado de hija natural deberían desecharse, ya que no dicen que ella es hija de Joaquín María Tascón Gómez, porque éste proveyó durante más de diez años a su subsistencia, educación y establecimiento, sino que se refieren a la posesión de ese estado en distintos términos, aunque algunos de ellos aluden concretamente al tiempo que duró esa posesión".

La sentencia anota en resumen las aseveraciones principales de los testigos Lisímaco Barbosa Torres, Julio Duque Hurtado, Joaquín García, Marco Fidel Pérez, Abdón Cortés, Clementina Arboleda, Bertha Barbosa, Honorio Padilla Marmolejo, Francisco Franco, Jesús María Vargas, Jesús María Tascón Gómez, Manuel A. Mayor Ruiz y doctor Carlos Antonio Manzano Romero, y, entrando en el análisis de esta prueba, se expresa así:

"El testigo Julio Duque Hurtado dice en su declaración que desde hace más de diez años Carmen Salazar vivió con su papá, el finado Joaquín Tascón, bajo un mismo techo; Joaquín García declara que hace más o menos nueve años Carmen Salazar vive en casa de Joaquín Tascón, recibiendo el trato de hija. Bertha Barbosa manifiesta que por espacio de catorce años hizo vida marital con Joaquín María Tascón Gómez, quien llevó a la casa a Carmen Salazar y allí vivieron por espacio de ocho o diez años, más o menos, tiempo durante el cual Tascón trataba a Carmen Salazar como su hija natural. El señor Jesús María Tascón, hermano del difunto Joaquín Tascón Gómez, declara que en el año de 1922, cuando llegó a Roldanillo procedente de El Darién, Joaquín le mostró a Carmen Salazar, que estaba de cinco años, diciéndole que era sobrina del testigo. El mismo Joaquín le dijo que Carmen Salazar era hija de él, habida en Teresa Salazar, a quien trajo a vivir en Roldanillo en una salida del río Cauca en el año de 1916.

"El señor apoderado de la demandante, aunque le faltó técnica probatoria al redactar los interrogatorios presentados en el juicio, plantea con esos mismos testigos el caso del trato que recibió verbalmente Carmen Salazar de Joaquín María Tascón Gómez por más de diez años, aportando esta prueba atenido al tenor literal del artículo 6º de la Ley 45 de 1936 e interpretando el verbo tratar como acción de llamar por un nombre, dar un tratamiento, que es la acepción común y corriente, en lugar del tratamiento como hija al proveer a su subsistencia, educación y establecimiento.

"Pero sucede que en virtud del tratamiento verbal de hija que daba Joaquín María Tascón Gómez a Carmen Salazar, y el trato de padre de ésta para con aquél, y de haber vivido en casa de su presunto padre, los deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general en Roldanillo reputan a la Salazar como hija natural de Joaquín Tascón. Esas afirmaciones de los amigos, familiares y vecinos de Tascón, como son los

testigos presentados por la actora, no las basan ellos en una opinión o concepto personal, sino que están respaldadas en hechos: el tratamiento de hija que Joaquín Tascón le dio verbalmente a Carmen Salazar durante más de diez años y el sostenimiento y establecimiento a que durante ese mismo tiempo proveyó en su favor al recogerla, criarla y vivir con ella hasta el fin de sus días.

"Si merecen credibilidad los testimonios sobre posesión notoria del estado de hijo natural cuando se basan en el hecho de que una persona atiende durante más de diez años al sostenimiento, educación y establecimiento de otra, ¿por qué no admitir esa misma deducción conceptual con base en el hecho de que el presunto padre le haya dado a la presunta hija el trato de tal en forma verbal durante más de diez años y haya provisto a su subsistencia y establecimiento al haberla llevado desde pequeña a su casa y puéstola a ayudarle a atender sus negocios de ganadería?

"La aplicación del artículo 6º de la Ley 45 de 1936 no puede hacerse en una forma ritual porque se violaría el verdadero espíritu de esa ley. En el presente juicio la Sala no encuentra motivos para dudar de la verdad de los hechos sobre los cuales deponen los testigos, pues en ellos no se advierte actitud sospechosa o interés para declarar. Todos los testigos declaran con claridad, sencillez y espontaneidad. Cada deponente agrega un hecho o dato particular a su declaración, pero todos concuerdan en el fondo respecto de los mismos hechos de posesión notoria del estado de hija de Joaquín Tascón que tuvo Carmen Salazar".

La sentencia se refiere a los testimonios de Julio y César Copete y Emilia Quintero, aportados por el demandado, y expresa que estas pruebas no acreditan que Carmen Salazar sea hija del citado Julio Copete, aduciendo en refuerzo de esta conclusión los dichos de los otros declarantes nombrados atrás. Luego finaliza así:

"Por otra parte, existe dentro del expediente una prueba que es necesario apreciar con todo el valor indiciario que ella tiene. Consiste en la copia de la escritura número 76, de 3 de febrero de 1959, que la demandante Carmen Salazar iba a otorgar en la Notaría de Roldanillo en ese día a favor del representante de la sucesión de Joaquín María Tascón Gómez, doctor José Joaquín Padilla, y por medio de la cual le vendía a éste por la suma de $ 28.600.00, moneda corriente, 'los derechos sucesorales y acciones que le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión del señor Joaquín María Tascón Gómez, que actualmente se adelanta ante el Juzgado Civil de este Circuito'. Al pie del texto de esa minuta el señor Notario, José A. Gordillo, dejó la siguiente constancia: 'La anterior escritura no se firmó porque la otorgante María del Carmen Salazar se abstuvo de hacerlo manifestándose inconforme con este contrato'. Además, el mismo Notario Público certifica que fue el doctor Joaquín Padilla T. quien ordenó que se confeccionara dicha escritura, y que Carmen Salazar se abstuvo de firmarla manifestando no estar de acuerdo con su contenido. Por otra parte, el mismo funcionario declaró en el curso de esta segunda instancia que fue el señor José Joaquín Padilla Tascón quien presentó la minuta para la respectiva escritura que debía firmar Carmen Salazar.

"Si el doctor José Joaquín Padilla Tascón, heredero forzoso y a título universal del difunto Joaquín María Tascón Gómez, en virtud del reconocimiento que éste le hizo por medio de la escritura número 631 de 8 de septiembre de 1958, en la Notaría de Roldanillo, legalmente registrada, y cuya copia trajo el apoderado de la actora a los autos, y quien es el demandado en representación de la sucesión de Joaquín María Tascón Gómez, le iba a comprar a la actora Carmen Salazar los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle en la citada sucesión por la suma de $ 28.600.00 moneda corriente, es porque ese hasta ahora único heredero de Joaquín María Tascón Gómez reconoce tácitamente que Carmen Salazar es hija natural del señor Tascón Gómez. Porque nadie va a comprar derechos y acciones por la suma de $ 28.600.00 a quien no es heredero o puede llegar a serlo después de un juicio sobre filiación natural".

La impugnación.

La parte demandada recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado, y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 520 del Código Judicial formula contra ese fallo cuatro cargos que la Corte procede a examinar, previa la advertencia de que la opositora replicó la demanda de casación.

Primer cargo. Se hace consistir en la violación indirecta de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, y del inciso final del artículo 471 del Código Judicial, a causa de error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda.

El cargo se funda sustancialmente en que la demanda inicial de esta litis no expone ni postula los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hija natural de la

actora, y en que la sentencia entendió lo contrario.

Según el recurrente, la demanda dicha habla de que Joaquín María Tascón reconoció siempre en público y en privado a María del Carmen Salazar como su hija natural, de que en este carácter la presentó a sus parientes, amigos y relacionados, de que le dio el tratamiento de hija y proveyó a su organización y subsistencia durante más de diez años, de que la recogió en su casa a la muerte de la madre de la misma Salazar, y de que ésta lo servía y lo cuidaba en forma tal que el hogar estaba constituído por el propio Tascón y por su hija, pero estos hechos no constituyen la posesión notoria del estado de hija natural. El libelo no expresa que Tascón hubiera atendido a la subsistencia, educación y establecimiento de la Salazar, ni que los parientes y amigos del primero tuvieran a ésta como hija del mismo debido precisamente a ese tratamiento. "Lo que aparece en la demanda —dice el recurso— no señala los elementos que pueden configurar la posesión notoria del estado civil de hija natural. Lo que el Tribunal de Buga tomó por hallado y apreció, al proferir su decisión, se nota ostensiblemente que no existe en los términos de la demanda. Así, toma una cosa por otra. Esto implica y constituye manifiesto error de hecho. Error que condujo a violar la última parte del artículo 471 del Código Judicial, trascendencia en lo procesal del artículo 26 de la Constitución Nacional, y a la violación de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, y de los artículos 398 y 399 del Código Civil".

La demanda fija las facultades del sentenciador, es la base obligada del juicio y de la acción, hasta el punto de que ésta no puede ser apreciada sino a través de los hechos narrados. La enunciación de estos hechos constituye una exigencia imperativa a cargo del actor, no sólo porque ellos estructuran la acción, sino porque la afirmación de los mismos entraña otras tantas confesiones cuando son demostrables por este medio. Si el sentenciador hubiera visto que el libelo inicial no postula los elementos integrantes de la posesión notoria del estado de hija natural, habría desestimado esa pieza y evitado la infracción de las disposiciones citadas.

Se considera:

Los artículos 205 y 737 del Código Judicial disponen que en la demanda deben expresarse estos elementos:

a) La designación del Juez y los nombres de las partes, esto es, de los sujetos activo y pasivo del litigio.

b) Las peticiones, enunciadas con claridad y precisión.

c) Los hechos en que se fundan las peticiones, debidamente clasificados y numerados. O sea que debe exponerse la *causa petendi,* o el motivo o título en que tiene origen el objeto o bien que se pretende.

d) Los fundamentos de derecho de la pretensión.

e) La cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia.

Los primeros tres factores (sujetos, *petitum* y *causa petendi)* son necesarios para configurar e identificar la pretensión, determinar los límites de la actividad del Juez y fijar la relación jurídico-procesal y la extensión de la cosa juzgada. Tales elementos integran la pretensión y deben ser expuestos con claridad y precisión, esto es, en forma de evitar cualquier duda o ambigüedad sobre ellos.

Nuestra ley procesal consagra en este punto el sistema llamado de la sustanciación, que consiste en la necesidad de exponer en la demanda los fundamentos fácticos de la pretensión, o mejor, la causa o título que la origina. Descarta, por tanto, el otro sistema denominado de la individualización, que sólo exige la expresión del *petitum* con aquellas indicaciones estrictamente indispensables para identificarlo. No debe olvidarse, sin embargo, que el sistema de la sustanciación no requiere puntualizar todos los pormenores de la *causa petendi,* sino los hechos primordiales que especifiquen el origen y la identidad de la pretensión.

Al exponer los hechos relatados en la demanda como base de la acción de estado que se ejercita, se vio que evidentemente ellos contienen las afirmaciones que recuerda el impugnante, y que en su sentir no estructuran la situación jurídica constitutiva de la posesión notoria del estado de hija natural. El fallo estima por el contrario que tales hechos implican la invocación de la causal de posesión notoria como fundamento de la declaración de paternidad natural de Joaquín María Tascón respecto de la demandante.

La demanda no es verdad un modelo de exposición clara, precisa y ordenada, pero en ella sí se expresa que el señor Tascón trató a María del Carmen Salazar como hija suya, en público y en privado, durante más de diez años, que atendió a su subsistencia y organización, y que en el dicho carácter de hija la presentó a sus parientes y amigos. Estos hechos tienen conexión íntima con la posesión notoria del estado civil de hijo natural, y no puede, por tanto, afirmarse con razón que la sentencia le atribuye a la de-

manda un contenido que no tiene, que le hizo decir lo que ella no expresa, ni que cometió un *quid pro quo* al considerar invocada con esos mismos hechos la posesión notoria del estado civil de hija natural como causal de la declaración de ese estado. Lo cual significa que el fallo no incurrió en el error de hecho ni en las violaciones que por este primer aspecto le imputa el recurrente.

Segundo cargo. Versa sobre la violación indirecta de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 398, 399, 1768, 1769, 2547, 2576 y 2595 del Código Civil, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

El impugnante divide esta acusación en varias partes, así:

a) Anota en primer término que el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 señala cinco situaciones que autorizan la declaración judicial de paternidad natural, que la quinta de esas situaciones se refiere a la posesión notoria de la calidad de hijo natural, y afirma que la ley, en forma precavida y saludable, no ha querido dejar a la libre apreciación de los legisladores, doctrinantes y juzgadores lo que constituye esa posesión notoria, sino que la define en el artículo 6º de la misma Ley 45, diciendo que "consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento". Agrega que esta norma concuerda con el resto del ordenamiento jurídico colombiano y que, conforme a ella, el hecho de subvenir a la crianza, educación y establecimiento de un hijo bien puede tomarse como demostrativo del reconocimiento tácito de éste.

Recuerda el recurrente un apreciable número de jurisprudencias en que la Corte ha señalado los elementos y el alcance de lo que constituye la posesión notoria del estado de hijo natural, y dice que la estructura fundamental de esa posesión está integrada por los factores relativos a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo.

Hace luego referencia a los testimonios apreciados en el fallo, cita las principales afirmaciones de los declarantes y dice que, descartado el tratamiento puramente verbal y recíproco que de padre e hija se daban Tascón y la Salazar, "todos los demás hechos aseverados por los testigos apenas sirven para predicar y señalar que María del Carmen Salazar era para Joaquín María Tascón Gómez como una doméstica, o sirvienta, o criada, o secretaria, o cajera, o mensajera, o ama de llaves, o asistente, o hasta mayoral para cuidar ganados o animales. Le servía para mandar dinero, recibía pagos por ventas de ganado, confeccionaba comprobantes de ventas de animales, cuidaba de su vida doméstica y personal, y lidiaba ganados o animales". Añade que "la circunstancia de que la Salazar habitara la casa de Tascón Gómez y que obviamente se alimentara en ella, no indica inequívocamente que esto sucedía por relaciones entre padre e hija, pues también puede pasar lo mismo en el ámbito laboral de los servicios de oficina, de mayordomía, domésticos, con arreglo al artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo".

El recurso anota que ninguno de los testigos expone hechos demostrativos de que la Salazar recibiera alimentos como hija de Tascón, de que su educación se debiera a ayuda de éste y de que el mismo la estableciera. "Lo que resulta de la prueba testimonial —dice el impugnante— es que María del Carmen Salazar cuidaba, servía y trabajaba para Joaquín María Tascón, no éste para ella". Comenta las declaraciones de Clementina Arboleda y Bertha Barbosa para afirmar que el tratamiento de que dan cuenta los testigos era acaso una cortina de humo para ocultar otra clase de relaciones entre Tascón y la Salazar, y agrega:

"De la precedente confrontación entre la ley vigente sobre posesión notoria del estado civil de hijo natural y la prueba sobre ese punto de María del Carmen Salazar, prueba que como legalmente idónea tomó y aprovechó el Tribunal de Buga, fluye que lo previsto y exigido en la ley no está válidamente fijado en la prueba. Y que correlativamente ésta no acredita lo determinado por la legalidad. Requiere la ley cierto contenido específico, diferente de lo que se lee en el haz probatorio ofrecido por María del Carmen Salazar. Luego esta prueba de la demandante, por ilegal, carece de valor convictivo. Y reconocerle ese valor, sin tenerlo, implica error de derecho en la apreciación de esa prueba, que condujo a la violación de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, y los artículos 398 y 399 del Código Civil".

b) Según el recurso, la sentencia incurrió, por otra parte, en error de derecho al utilizar y apreciar como prueba la supuesta escritura que se extendió en relación con la venta de los derechos hereneiales de María del Carmen Salazar al demandado, doctor José Joaquín Padilla, completada con el certificado de quien desempeñaba el oficio de Notario de Roldanillo. El instrumento que carece de las firmas de los otorgantes, de los

testigos y del Notario, es virtual y legalmente inexistente, y atribuírle valor probatorio entraña un error de derecho. Además, los Notarios no están facultados para expedir certificaciones sino en lo relativo al registro civil de las personas y a la cancelación de gravámenes hipotecarios. "Este error de derecho —dice el recurso— implicado en la apreciación probatoria, hecha por el Tribunal de Buga, de esas dos piezas, infringiendo los artículos 1768, 1769, 2547, 2576 y 2595 del Código Civil, penetra a la consolidación de la violación de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, y los artículos 398 y 399 del Código Civil".

c) Por un segundo aspecto el recurso sostiene que el fallo incurrió en manifiesto error de hecho al considerar demostrado el tratamiento de la Salazar como hija natural de Tascón durante diez años con los testimonios de Julio Duque Hurtado, Bertha Barbosa, Joaquín García y Jesús María Tascón Gómez. "Estos testigos: Duque Hurtado, García, Barbosa y Tascón Gómez —sin siquiera aseverar todos completamente diez años—, aluden a la simple convivencia en la casa de Joaquín María Tascón Gómez, de éste con María del Carmen Salazar. Tomar estas declaraciones de mera vida en común por la provisión en diez años de subsistencia, educación y establecimiento, es error manifiesto de hecho, que llevó a la violación de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, y el artículo 398 del Código Civil". Arguye además que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, la convivencia del supuesto padre con el hijo no es factor indispensable en la posesión notoria del estado civil de hijo natural, porque la ley no la exige y porque aun la descarta cuando se trata de persona casada.

La Corte considera:

I. La ley impone al padre y a la madre en común las obligaciones de criar y educar a sus hijos, así legítimos como naturales. Varios preceptos del Código Civil (257, 258, 397, 1796 y 1800) aluden al deber paterno de establecer a los mismos hijos, pero en este punto todas esas normas se refieren de manera particular a los padres y a los hijos legítimos, no a los naturales. Por este aspecto parecería a primera vista que los padres no están obligados a establecer a sus hijos naturales, pero sucede que el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, al exponer lo que se entiende por posesión notoria del estado civil de hijo natural, incluye el establecimiento de ese hijo como uno de los factores constitutivos de dicha posesión, dejando ver con ello que respecto de los hijos naturales también tienen sus padres la obligación natural de establecerlos.

Conforme a los artículos 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, la posesión notoria del estado civil de hijo natural constituye una situación jurídica compleja que debe estar integrada por tres factores principales, a saber: el tratamiento *(tractatus)*, la fama y el tiempo. El primero de estos elementos consiste en que el presunto padre natural haya atendido a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. La fama radica en que, por motivo del referido tratamiento, los deudos y amigos del mismo padre o el vecindario del domicilio en general reputen al hijo como tal respecto de dicho padre. Y el factor tiempo consiste en que el tratamiento y la fama hayan durado por lo menos diez años continuos. Por exigencia especial de la ley estos tres factores deben ser comprobados de un modo irrefragable mediante un conjunto de testimonios fidedignos, esto es, que ofrezcan plena fe sobre la veracidad de sus afirmaciones.

Proveer a la subsistencia de un hijo implica suministrarle alimentos, vestuario, alojamiento y todos aquellos otros medios que requiere el desarrollo físico y normal de una persona. Atender a la educación del mismo hijo natural equivale a facilitarle el modo de obtener por lo menos la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio, como lo prescribe el artículo 62 de la Ley 153 de 1887. Y establecer un hijo significa colocarlo en una posición que le procure el modo de atender por sí mismo a sus necesidades. El tratamiento aludido, por ser una situación prolongada y compleja, puede estar rodeado de una serie de otros actos suplementarios que concurren a consolidar dicha situación, a tornarla más firme y ostensible. Tales actos pueden consistir, verbigracia, en el trato verbal de hijo y de padre que se den los sujetos de la misma situación, en las atenciones personales que recíprocamente se prodiguen, en la presentación personal que el padre haga del hijo como tal a sus parientes, amigos y vecinos, en la convivencia de ambos bajo un mismo techo, etc. Aisladamente considerados, estos actos secundarios no constituyen la posesión notoria del estado de hijo natural, tal como la define la ley, pero sí contribuyen a estructurarla, afirmarla y revelarla, creando entre los parientes, amigos y vecinos la creencia de que las dos personas que así se tratan son en realidad padre e hijo, respectivamente.

II. En esta ocurrencia los testimonios aducidos por la actora, apreciados por la sentencia

y recordados por el impugnante, no hablan en concreto de que Joaquín María Tascón hubiera atendido a la subsistencia de María del Carmen Salazar, ni de que le proporcionara educación y la estableciera, pero en conjunto sí relatan una numerosa serie de actos ocurridos entre Tascón y la Salazar, actos que el propio recurrente anota e interpreta como reveladores de relaciones simplemente laborales y aun de disimulado carácter concubinario. Dicen, por ejemplo, que Tascón y la Salazar vivieron en una misma casa de propiedad del primero, que él trataba a ésta de hija y ella de padre a aquél, que el propio Tascón la presentaba como tal hija a sus parientes, amigos y vecinos, y la ocupaba en muchos y diversos menesteres concernientes a sus negocios, que la Salazar atendía y cuidaba a Tascón como a su padre, y le ayudaba en sus asuntos particulares, que el mismo Tascón tuvo relaciones sexuales con Teresa Salazar, madre de María del Carmen, y que cuando aquélla estaba para dar a luz a ésta, Tascón le buscó quién la atendiera en el alumbramiento y en la dieta, que; a la muerte de Teresa, Tascón recogió en su casa, y muy pequeña, a María del Carmen, que le hizo construír una casa en Cajamarca para que viviera, y que allí la colocó bajo el cuidado de un hermano y de una hermana del citado Tascón, que en la última enfermedad y hasta la muerte de éste la Salazar lo atendió sin separarse de su lecho, y que, fallecido Tascón, la nombrada Salazar continuó viviendo en la misma casa en que con éste había habitado.

Como se recuerda, la sentencia impugnada se refiere a una doctrina de la Corte sobre que, en punto de posesión notoria del estado de hijo natural, sólo son eficaces para sustentar la declaración judicial de paternidad los hechos referentes a la subsistencia, educación y establecimiento del presunto hijo, y expresa a este respecto que, de aplicar en forma literal, fría y rígida esa doctrina, habría que desechar como prueba los testimonios que allegó la demandante, puesto que ellos no relatan hechos de aquella índole, "sino que se refieren a la posesión de ese estado en distintos términos". Anota el mismo fallo que, sin embargo de esta circunstancia y de la deficiencia en la técnica probatoria empleada por el personero de la actora, los testigos no exponen conceptos, sino que relatan hechos que conciernen a la subsistencia y al establecimiento de la Salazar por parte de Tascón, y a la convivencia de ambos, y agrega que no hay razón para sospechar de esos declarantes, dadas la claridad, sencillez y espontaneidad con que deponen, y que, si bien cada uno de ellos se refiere a datos particulares, "todos concuerdan en el fondo respecto de los mismos hechos de posesión notoria del estado de hija de Joaquín Tascón que tuvo Carmen Salazar". Dice finalmente que el hecho de pretender el demandado, doctor Padilla, comprarle a la Salazar, en $ 28.600.00, los derechos herenciales que a ésta pudieran corresponderle en la sucesión de Tascón, constituye un indicio que corrobora la fuerza demostrativa de la prueba testifical, toda vez que ese mismo hecho entraña que el propio demandado "reconoce tácitamente que Carmen Salazar es hija natural del señor Tascón Gómez".

El recurrente sostiene que la prueba testimonial acogida por la sentencia carece de fuerza de convicción, y que, por tanto, constituye un error de derecho reconocerle valor demostrativo acerca de la posesión notoria del estado de hija natural de la Salazar. El fallo encuentra que tal prueba, considerada en su conjunto y reforzada por el indicio surgido del intento de comprarle a la misma Salazar los derechos herenciales que pudieran corresponderle en la mortuoria del señor Tascón Gómez, produce la convicción de que aquélla es hija natural de éste. Si se recuerda que el sentenciador de instancia goza de autonomía para ponderar el mérito demostrativo de las pruebas, que en este caso se aportó un conjunto de testimonios que exponen hechos, no totalmente ajenos, sino referentes a la posesión notoria del estado de hija natural de María del Carmen Salazar, y que esos hechos le produjeron al Tribunal la convicción de que ésta es hija de Joaquín María Tascón, no puede menos de concluírse que el fallo no incurrió en error de derecho al reconocerles plena fuerza probatoria a esas declaraciones. No se ve, por tanto, que la sentencia quebrante los artículos 398 y 399 del Código Civil, ni los preceptos sustanciales que cita el impugnante.

En cuanto al otro error de derecho consistente en haberle asignado valor probatorio a la supuesta escritura de venta de los derechos herenciales de la Salazar al demandado José Joaquín Padilla, sucede que la sentencia no tuvo en cuenta esa escritura solamente, sino también el certificado y la posterior declaración jurada del Notario sobre que fue el mismo demandado Padilla quien presentó la minuta de ese instrumento y ordenó que se extendiera. El fallo les da a estas pruebas el mérito de un indicio que confirma la fuerza demostrativa de los testimonios relativos a la posesión notoria del estado de hija natural de la Salazar. El artículo 696 del Código Judicial le atribuye el valor de indicio o de presunción más o menos atendible a la declaración de un solo testigo, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad

de su exposición. Conforme a este precepto, ningún error de derecho puede imputarse a la sentencia por considerar el testimonio del Notario de Roldanillo y los documentos expresados como un indicio de que el propio demandado Padilla, al pretender comprarle a María del Carmen Salazar sus derechos herenciales en la mortuoria de Joaquín María Tascón, admitía tácitamente que aquélla es hija natural de éste. Por este aspecto el cargo carece también de fundamento.

III. Acerca del error de hecho que se hace consistir en tener por demostrada la posesión notoria del estado civil de hija natural de la Salazar durante diez años continuos, por lo menos, con los testimonios de los declarantes Duque Hurtado, Barbosa, García y Jesús María Tascón Gómez, cabe anotar que tres de estos testigos hablan de una duración de ocho a diez años, y que el deponente Tascón refiere que ya en 1922 la nombrada Salazar habitaba en la casa de Joaquín María Tascón Gómez, esto es, de su pretenso padre natural. Verdad es que estos declarantes aluden a la convivencia de Tascón y la Salazar, pero esta circunstancia no le resta mérito al factor tiempo, porque los mismos testigos nombrados y los otros que el fallo tuvo en cuenta relatan también hechos que el fallador estimó constitutivos de la posesión notoria del referido estado civil, y que acaecieron en época que supera la duración mínima que debe ofrecer dicha posesión notoria. La sentencia no le atribuye al conjunto de los testimonios un contenido que no tiene y, por tanto, no cometió el error de hecho que se alega y menos de carácter manifiesto.

Tercer cargo. Se hace consistir en la violación indirecta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 a causa de error de hecho cometido en la falta de apreciación de algunas pruebas.

Sobre este particular dice el recurso que "el Tribunal de Buga ignoró y no apreció los testimonios de Julio Copete, Rosa María Quintero de Copete, César Copete, Cipriano García, Ubaldina García, Otilia Mendoza, Basilio Rengifo Millán, Sebastián Gómez Benítez, Enrique Mejía Soto, Gerardo Vaca Millán y la partida de nacimiento de Carmen Salazar, de fecha 5 de agosto de 1917".

La demandante Salazar nació el quince de junio de 1917, y, según la tesis del recurrente, los testimonios de los declarantes antes nombrados demuestran que de 1911 a 1917 Teresa Salazar, madre de María del Carmen, tuvo relaciones sexuales con Julio Copete, Enrique Mejía Soto y Joaquín María Tascón Gómez. Al no apreciar las pruebas mencionadas se cometió un error de hecho que condujo a violar el inciso final del citado artículo 4º de la Ley 45 de 1936. "Por este manifiesto error de hecho —afirma el recurso— al no haber tenido en cuenta la partida de nacimiento de María del Carmen Salazar y los testimonios citados antes, que ponen en el debate la incierta concepción de María del Carmen Salazar, el Tribunal de Buga infringió el artículo 4º de la Ley 45 de 1936. La parte final de este artículo previene que no hay lugar a la declaración judicial de paternidad cuando se acredita que dentro del tiempo en que debió ser concebido el hijo la madre tuvo relaciones sexuales con otro hombre".

Se considera:

Aparte de que, como lo recuerda el propio recurrente, los testigos Copetes y Quintero rectificaron sus dichos iniciales en el sentido de negar que María del Carmen Salazar fuera hija de Julio Copete, acontece que la declaración de paternidad natural hecha en la sentencia se apoya en la causal de posesión notoria del respectivo estado civil y no en la de relaciones sexuales entre Tascón Gómez y Teresa Salazar, y que la excepción *plurium constupratorum* o *plurium concubentium* que consagra el inciso final del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no se refiere ni es oponible sino a la acción de estado que se funda en la causal de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre natural del demandante, según lo prescribe la misma disposición legal. Dicha excepción no tiene ninguna incidencia jurídica en el campo de las otras causales que autorizan la declaración judicial de paternidad natural, y menos en el de la posesión notoria del respectivo estado, porque si el presunto padre le da al hijo el tratamiento de tal durante diez años continuos, por lo menos, es porque se considera progenitor de éste, con exclusión de cualquiera otra persona, y crea una situación jurídica que sólo podría llegar a destruír el tercero que demostrara ser el padre verdadero, según el artículo 406 del Código Civil. Descartada en este caso la causal de relaciones sexuales, no tenía la sentencia por qué ni para qué acometer el análisis de los elementos aducidos en prueba de la excepción expresada, de modo que el olvido de ellos no entraña ningún error de hecho. El cargo carece, por tanto, de fundamento.

Cuarto cargo. Consiste en la violación de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, y 398 y 399 del Código Civil, por aplicación indebida.

El recurrente explica el cargo diciendo que Joaquín María Tascón Gómez, persona de algunas posibilidades económicas, jamás reconoció a

María del Carmen Salazar como hija natural suya, no obstante convivir con ella, y la posibilidad de beneficiarse con la exención de impuestos que habría obtenido mediante la inclusión de la misma Salazar como persona a su cargo en la declaración de renta, y que en cambio reconoció al doctor José Joaquín Padilla como hijo suyo, sin embargo, de no vivir con él, todo lo cual "es inexplicable. O demasiado explicable, en cuanto no se creía padre de la que continuamente estaba a su lado con actividades diferentes de las aparentemente filiales".

Se considera:

Cierto es que Joaquín María Tascón Gómez no reconoció de manera expresa a María del Carmen Salazar, pero ocurre que la sentencia halló comprobada la posesión notoria del estado civil de hija natural de la última respecto del primero. Esto implica que el señor Tascón hizo de modo implícito el reconocimiento de que la Salazar era su hija natural. A ello equivale el tratamiento de hija que le dio y que el fallo admitió estar demostrado para el efecto de hacer la declaración de paternidad natural. En estas circunstancias es obvio que la sentencia no quebrantó los preceptos que menciona el recurrente; por el contrario, los aplicó en debida forma. Este cargo carece también de fundamento.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de catorce de octubre de mil novecientos sesenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en este juicio sobre filiación natural de María del Carmen Salazar contra José Joaquín Padilla Tascón.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial,* y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FINALIDAD DEL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS

Inscripción de sentencias definitivas.—La que para probar la filiación natural de los actores se aduzca en juicio de petición de herencia, adelantado posteriormente entre las mismas partes que intervinieron en el de filiación, no requiere registro. Exigencias que deben llenarse en la formulación de un cargo por la causal 1ª de casación.

1. En lo atinente al registro de los instrumentos públicos se infiere del artículo 2637 del Código Civil, norma ésta encargada de señalar los objetos principales de la inscripción, que en cuanto no se trate de actos tocantes con el dominio de bienes inmuebles u otros derechos reales constituídos en ellos, la finalidad del registro de los instrumentos públicos es por lo general la correspondiente al tercero de los propósitos enunciados en el mismo: el de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a tales instrumentos, o sea a la prueba que ellos constituyen respecto de los actos que informan su contenido.

Lo preceptuado en el artículo 2673 del mismo estatuto, no admite el que se le tome aislada y geométricamente, porque a su lado existe el artículo 2674, cuyo temperamento recibe, y del cual no puede desligarse. Según éste, "ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de la inscripción o registro", lo que ciertamente está indicando que, entre las partes, un título, desde el momento de su constitución formal y antes del registro, puede producir sus efectos, uno de los cuales sería el simplemente probatorio; lo que se entiende, sin perjuicio de la necesidad del registro para aquellos efectos que por exigencia legal se originen en éste, y sin el cual no puedan considerarse constituídos.

2. En lo tocante con la inscripción de las sentencias, cabe recordar aquí lo dicho por la Corte respecto del fin de la establecida por la ley para las definitivas y ejecutoriadas recaídas en negocios civiles, que no causan traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces, en casación de 15 de febrero de 1940, y aquilatando luego esta doctrina, lo expuesto en la de 18 de octubre de 1954 (XLIX, 1953-1954, págs. 102 y 103, LXXVIII, 2147, pág. 875).

En este juicio de petición de herencia, es verdad que el Tribunal tuvo como prueba de la filiación natural de las actoras respecto de su padre, una copia, sin registro, de la sentencia que declaró esa filiación en el juicio ordinario que sobre este particular y petición de herencia adelantaron las mismas demandantes contra los mismos demandados de ahora; es decir, que aquel primer juicio se siguió entre las mismas partes del presente, por lo cual el fallo entonces dictado, desde el momento de su ejecutoria, consolidó entre las partes la situación jurídica por él declarada, como que para ello ninguno de sus efectos, ni aun el probatorio, dependía de registro alguno. Lo cual se percibe todavía con mayor claridad, al considerar que, si en la órbita del primer litigio, al mismo tiempo que se declaró la filiación natural de las actoras, se hubiera el Juez decidido a fallar sobre la petición de herencia, reconociéndoles sus correspondientes derechos en la sucesión de su dicho padre natural, sin sustraer de aquel debate este extremo mediante una determinación dilatoria, bien hubiera podido hacerlo; y lo que entonces pudo hacerse, sin necesidad de previo registro de esa declaración de filiación, también ha podido realizarse ahora, sin necesidad de ese registro.

Conclusión de todo ello es la de que, en este caso, no incurrió el sentenciador en violación de la disciplina resultante de los artículos 2652 y 2673 del Código Civil, por lo cual el derecho sustancial que expresa el artículo 1741, ibídem, se encuentra ileso.

3. La acusación que omite el señalamiento de los preceptos de derecho sustancial que hubieran sido vulnerados por el sentenciador como consecuencia de la infracción de las normas sobre pruebas, no entra en la órbita a que ha debido llegar para corresponder a las exigencias del recurso extraordinario.

Si no cabe discutir que los ordenamientos que señalan las especies de prueba de que puede hacerse uso, los requisitos de su integración y el valor de las mismas, tienen materialmente un contenido atributivo del poder de valerse de tales medios para la demostración de los derechos sustanciales ventilados judicialmente, ello mismo está proclamando que ese poder de demostración no es fin de sí mismo, sino que está ordenado a obtener el reconocimiento y eficacia de aquellos derechos sustanciales, como meta y término de las pretensiones deducidas ante la autoridad jurisdiccional.

Y esta es precisamente la consideración con que el legislador, en la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, constituyó en causal de casación la violación de la ley sustantiva a consecuencia del error de derecho en la apreciación de pruebas determinadas, causal ésta cuya técnica imperada por el mismo texto implica, no solamente que se alegue y demuestre el yerro de valoración en que el Tribunal haya incurrido, es decir, el quebrantamiento de la ley probatoria o violación medio, sino que se especifique la ley sustancial infringida, mostrando su quebranto, o sea la violación fin.

Es así verdad establecida la de que la ley probatoria nunca sirve como base exclusiva para fundar el recurso de casación, el que para ser viable en relación con el quebranto de ley de tal especie requiere que éste incida en norma sustancial, es decir, en norma de aquellas por las cuales y para las cuales existe el derecho de acción, que no tendría su fin en la mera producción de unas pruebas, sino que lo encuentra en el reconocimiento o efectividad del interés jurídico, materia de la pretensión.

Si, pues, en este punto, el recurrente, quedándose en la mitad del camino, no llegó en su acusación al señalamiento de norma alguna de derecho sustancial que hubiera sido violada por el juzgador de instancia, no tiene la Corte oportunidad para entrar en consideraciones atinentes a la mera cuestión probatoria, de que se ocupa la censura, y sólo le compete desechar, por defecto de formulación, el cargo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veinte de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(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 Bogotá, con fecha 6 de septiembre de 1960, en el juicio ordinario seguido por María Sofía Ospina C. y otras frente a María Ester Forero viuda de Correa y otros.

I

El litigio.

María Sofía Ospina Correa, Blanca Oliva y María del Carmen Ospina trajeron a juicio ordinario, ante el Juez 10º Civil del Circuito de Bogotá, a María Ester Forero viuda de Correa, Jesús María Correa y Luis Felipe Correa, en procuración de las declaraciones y condenas que se sintetizan así:

1º Que las demandantes, en su carácter, reconocido por sentencia, de hijas naturales de Luis Felipe Correa, son sus herederas forzosas o legitimarias, con derecho a que se les adjudiquen preferentemente los bienes de la sucesión, así los ya inventariados como los que se dejaron de inventariar, cuya partición debe hacerse en asocio de los demandados y de acuerdo con las proporciones establecidas en el artículo 18 de la Ley 45 de 1936;

2º Que es nula la partición de bienes y su sentencia aprobatoria, recaídas en el juicio de sucesión de Luis Felipe Correa, protocolizado en la Notaría 2ª de este Circuito, mediante la escritura número 1826 de 28 de marzo de 1954, por haber sido excluídas de la dicha partición las demandantes;

3º Que se disponga que por demandantes y demandados se designe de común acuerdo un partidor, y a falta de tal acuerdo que lo nombre el Juzgado, para que se rehaga la partición en referencia, con arreglo al citado artículo 18 de la Ley 45 de 1936.

4º Que los bienes de la herencia de Luis Felipe Correa que en la nueva partición se adjudiquen a las demandantes, les sean entregados, con los aumentos y frutos respectivos, y

5º Que se condene en costas a los demandados, si se opusieren a la acción.

De los *hechos*, en que se funda la demanda, se destacan los siguientes:

Que el señor Luis Felipe Correa murió intestado; que al fallecer éste dejó como hijas naturales a las demandantes, cuyo indicado carácter les fue reconocido por sentencia ejecutoriada del Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 3 de junio de 1953; y que, en el juicio de

sucesión del causante Luis Felipe Correa, seguido ante el mismo Juzgado, se les adjudicaron todos los bienes a los demandados, en sus respectivas calidades de cónyuge sobreviviente e hijos legítimos del causante, con exclusión de las actoras.

En *derecho* sustancial, fundose la demanda en los artículos 665, 1240, 1241, 1321 a 1326 del Código Civil, y 18 y 28 de la Ley 45 de 1936.

La primera instancia terminó con proveído, por el cual el Juzgado declaró no estar demostrada la legitimación en causa de la parte actora y, en consecuencia, resolvió abstenerse de fallar la litis en su fondo, aunque dijo luego absolver a los demandados.

Por alzada de la parte perdidosa, surtiose el segundo grado del juicio, que, con fecha 6 de septiembre de 1960, recibió sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se revocó la del inferior y en cambio se falló el pleito así:

"1º Las demandantes María Sofía Ospina o Correa de Castillo, Blanca Oliva Ospina o Correa y María del Carmen Ospina o Correa, en su calidad de hijas naturales de Luis Felipe Correa tienen sendos derechos a recoger la herencia de su padre natural, en concurrencia con los hijos legítimos de éste, señores Jesús María y Luis Felipe Correa Forero, y sin perjuicio de la porción conyugal que le corresponde a María Ester Forero viuda de Correa, en la proporción señalada por el artículo 18 de la Ley 45 de 1936;

"2º En consecuencia, condénase a los demandados a restituír a los demandantes las cuotas de la herencia de Luis Felipe Correa, en la proporción señalada en el numeral anterior, junto con los frutos que hubieran podido producir los bienes hereditarios, con mediana inteligencia y actividad, desde el nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y seis hasta el día de la restitución, menos los gastos ordinarios invertidos en producirlos.

"3º Rehágase la partición de la herencia de Luis Felipe Correa conforme a lo ordenado anteriormente. Y cancélese el registro de la sentencia y de las adjudicacicnes de la precitada partición.

"4º Condénase a los demandados en las costas de la primera instancia del juicio. Sin costas en el recurso.

"5º Niégase lo demás pedido".

Interpuesto contra esta providencia el recurso de casación, por la parte vencida, ha llegado el momento de que la Corte se pronuncie sobre el mismo, como al efecto se procede.

II

La sentencia recurrida.

Su parte resolutiva, transcrita atrás, se funda en definitiva sobre los siguientes considerandos:

Que las demandantes invocan su condición de herederas de Luis Felipe Correa con base en la sentencia que les reconoció el carácter de hijas naturales del mismo;

Que el fallo declarativo de esa filiación "se trajo en copia y con la constancia de ejecutoria. No está registrado, por cuya razón el Juzgado no lo estimó como prueba. Pero como se aduce frente a las mismas personas contra quienes se pronunció, la jurisprudencia les ha reconocido plena eficacia demostrativa";

Que los demandados son, respectivamente, la cónyuge sobreviviente y los hijos legítimos de Luis Felipe Correa, como lo demuestran el aludido fallo y las partidas de matrimonio y de nacimiento;

Que aunque estas partidas no vinieron al proceso en copias tomadas directamente de las actas originales, sino de las que se agregaron al juicio mortuorio de Luis Felipe Correa, motivo que sirvió al Juez *a quo* para desconocerles su valor probatorio, por tratarse de copia de copia, con todo la Corte se ha pronunciado en sentido contrario, en demostración de lo cual se remite a la sentencia de casación de 24 de septiembre de 1943, ostensible en la *Gaceta Judicial* números 2001 a 2005, página 158;

Que los demandados ocupan la herencia de Luis Felipe Correa en calidad de herederos del mismo, hecho que está acreditado, tanto con las copias de las hijuelas de adjudicación y de la sentencia aprobatoria de la partición, registradas según aparece de las certificaciones expedidas por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, como con la confesión de los demandados, surtida en la absolución de posiciones practicada dentro del término probatorio del presente juicio;

Que la vocación hereditaria de los hijos naturales, en concurrencia con los legítimos, está regulada por los artículos 18 y 28 de la Ley 45 de 1936;

Que los hijos naturales concebidos antes del 30 de mayo de 1936 concurren con los hijos legítimos de matrimonios celebrados con posterioridad a esa fecha, y

Que los hijos naturales llevan como cuota hereditaria, en concurrencia con los legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal, proporción en que debe reconocerse el derecho de las demandantes en este juicio.

III

El recurso extraordinario.

Dos cargos propone el recurrente en el ámbito de la causal primera de casación, los que se estudiarán en su orden.

Primer cargo. Formulado por violación de los artículos 2652 y 2673 del Código Civil y, por lo tanto, del 1741, ibídem, lo plantea el impugnante en una exposición, cuya sustancia cabe resumir así:

Que, por mandato del artículo 2652, está sujeta al registro o inscripción "toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles"; y según el 2673 "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código";

Que no obstante ser estos preceptos tan claros y terminantes que no dejan lugar a interpretaciones, el Tribunal violó una y otra disposición al dar fe a una copia de copia de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, con fecha 3 de junio de 1953, sobre filiación natural de las demandantes, que no aparece registrada;

Que para admitir como prueba esa copia sin registro, el Tribunal argumentó que ésta se aducía frente a las mismas personas contra quienes la sentencia se pronunció; pero que no es posible compartir tal apreciación, porque donde el legislador no distingue, mal puede hacerlo el juzgador, cuanto más tratándose de una disposición restrictiva y absoluta;

Que "tomada la cuestión por otro aspecto, el honorable Tribunal igualmente viola la disposición contenida en el artículo 1741 del Código Civil, según el cual la nulidad producida por la omisión de un requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, es absoluta; y la formalidad del registro está estatuída como esencial para su apreciación, de acuerdo con el artículo 2652 en relación con el 2673, ibídem; si lo anterior es incuestionable, de consiguiente, al pretender el honorable Tribunal darle validez y fe y aceptar como prueba plena una sentencia proferida en asunto civil, sin tal requisito del registro, violó directamente tales disposiciones, por errónea apreciación que aparece de modo manifiesto en los autos, y

Que aunque "según la doctrina mal interpretada de la honorable Corte, el título en sí no es nulo, no es menos cierto que el que se exhiba con tales defectos no hace fe en juicio, ni puede dársele fe por ninguna autoridad, empleado o funcionario público".

La Corte considera:

El artículo 2652 del Código Civil se limita a enumerar los "títulos, actos y documentos" sujetos al registro, sin determinar, pues no tenía por qué hacerlo allí, el fin de la inscripción para cada caso.

En lo atinente al registro de los instrumentos públicos, es el artículo 2637 el encargado de señalar los objetos principales de la inscripción, así: "1º Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos, de que se ha hecho mención en el Capítulo 3º, título *De la tradición.* 2º Dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble, y 3º Dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deben registrarse, haciendo intervenir en su guarda y confección un número mayor de funcionarios y precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos, títulos y documentos existiera en solo una oficina".

Quiere decir que en cuanto no se trate de actos tocantes con el dominio de bienes inmuebles u otros derechos reales constituídos en ellos, la finalidad del registro de los instrumentos públicos es por lo general la correspondiente al tercero de los propósitos ya enunciados: el de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a tales instrumentos, o sea a la prueba que ellos constituyen respecto de los actos que informan su contenido.

Si bien el artículo 2673, ibídem, expresa que "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código", no es menos cierto que este precepto no admite el que se le tome aislada y geométricamente, como lo pretende el impugnante, porque a su lado existe el artículo 2674, cuyo temperamento recibe, y del cual no puede desligarse. Según éste, "ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de la inscripción o registro", lo que ciertamente está indicando que, entre las

partes, un título, desde el momento de su constitución formal y antes del registro, puede producir sus efectos, uno de los cuales sería el simplemente probatorio; lo que se entiende, sin perjuicio de la necesidad del registro para aquellos efectos que por exigencia legal se originen en éste, y sin el cual no puedan considerarse constituídos.

En este orden de ideas y en lo tocante con la inscripción de las sentencias, hubo de decir la Corte lo siguiente: "El objeto del registro establecido por la ley para las sentencias definitivas y ejecutoriadas recaídas en negocios civiles, que no causan traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces, no puede ser otro de acuerdo con la disposición legal que lo determina (artículo 2637, Código Civil), que el fin estrictamente probatorio de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad al fallo, haciendo intervenir en su guarda mayor número de funcionarios, precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos existiera solamente en la oficina judicial en que fueron proferidos; pero en ninguna forma se vincula esta finalidad del registro con la validez y mérito de las sentencias mismas que tienen y conservan su valor propio y su imperio independientemente del hecho o formalidad de la inscripción, destinada, como se ha recordado, a un objeto meramente conservatorio. Los efectos y consecuencias que jurídicamente corresponden a una sentencia judicial de la especie de que se trata no se condicionan con su registro, y se producen plenamente entre las partes que controvirtieron en el juicio en que fue dictada sin más requisitos que su ejecutoria en la forma legal" (Cas. 15 febrero 1940, XLIX, 1953-1954, págs. 102 y 103).

Y aquilatando esta doctrina, enseñó más tarde: "Es claro que sin el requisito de la anotación, el proveído judicial subordinado al registro no hace fe en juicio para las consecuencias que dimanan de la misma formalidad, no prueba nada contra terceros, ni produce efectos *erga omnes* por razón de los derechos reales sobre inmuebles, allí declarados. Pero su eficacia propia entre quienes actuaron en el respectivo proceso o quienes ocupan su lugar jurídico y en lo tocante a la cosa juzgada, no depende de la formalidad del registro, ni podría entenderse que la sentencia deja de serlo mientras no haya sido inscrita en los libros del Registrador" (Cas. 18 octubre 1954, LXXVIII, 2147, pág. 873).

Ahora bien, en este juicio de petición de herencia, es verdad que el Tribunal tuvo como prueba de la filiación natural de María Sofía, Blanca Oliva y María del Carmen Ospina, respecto de su padre, Luis Felipe Correa, una copia, sin registro, de la sentencia que declaró esa filiación en el juicio ordinario que sobre este particular y petición de herencia adelantaron las mismas demandantes contra los mismos demandados de ahora; es decir, que aquel primer juicio se siguió entre las mismas partes del presente, por lo cual el fallo entonces dictado, desde el momento de su ejecutoria, consolidó entre las partes la situación jurídica por él declarada, como que, para ello, ninguno de sus efectos, ni aun el probatorio, dependía de registro alguno. Lo cual se percibe todavía con mayor claridad al considerar que, si en la órbita del primer litigio, al mismo tiempo que se declaró la filiación natural de las actoras, se hubiera el Juez decidido a fallar sobre la petición de herencia, reconociéndoles sus correspondientes derechos en la sucesión de su dicho padre natural, sin sustraer de aquel debate este extremo mediante una determinación dilatoria, bien hubiera podido hacerlo; y lo que entonces pudo hacerse, sin necesidad de una previa declaración de filiación registrada, también ha podido realizarse ahora, sin necesidad de ese registro.

Conclusión de todo ello es la de que, en este caso, no incurrió el sentenciador en violación de la disciplina resultante de los artículos 2652 y 2673 del Código Civil, por lo cual el derecho sustancial que expresa el artículo 1741, ibídem, se encuentra ileso.

El cargo es, por lo tanto, impróspero.

Segundo cargo. Aúnanse bajo este capítulo dos motivos distintos, así:

a) La violación de los artículos 632, 361 y 362 del Código Judicial, de los cuales el primero asigna mérito de plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, a las copias de los instrumentos provenientes de funcionarios que ejercen cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos; y los dos últimos regulan lo tocante a la expedición de copias de los procesos judiciales.

Del conjunto de estos textos deduce el acusador la conclusión de que, para que la copia de una sentencia pueda servir de prueba en un caso como el de que se trata, debe ser tomada directamente de su original, con las formalidades que tales preceptos determinan; y entonces sostiene que por cuanto el Tribunal admitió, como prueba de la filiación paterna natural de las demandantes, una copia de copia de copia de la sentencia declarativa de tal filiación, quebrantó los artículos referidos.

b) La infracción, por "errónea interpretación de derecho y de hecho", de los artículos 2606 y 2607 del Código Civil, concernientes a la protocolización de documentos y de ciertas actuaciones judiciales, concurrentemente con un equivocado entendimiento de la doctrina de la Corte sobre tales textos, contenida en sentencia de casación de 24 de septiembre de 1943 (G. J. 2001 a 2005, pág. 158). La censura infiere tales quebrantos, de las siguientes consideraciones:

Que el Tribunal aceptó como pruebas las copias de unas actas, tomadas de las que se agregaron al juicio de sucesión de Luis Felipe Correa, protocolizado mediante la atrás citada escritura número 1826; pero que no podía darles la fe que la ley atribuye a las copias tomadas de sus originales, porque no se protocolizaron con el fin previsto en el artículo 2606, sino como elementos de un proceso del cual hacían parte; porque documentos de tal especie, cuando han de servir de pruebas fundamentales de la demanda, deben venir al juicio en copia tomada de su original; y porque cuando la norma sustantiva acepta la validez de la protocolización, exclusivamente lo hace para seguridad y custodia del documento, pero no para que se sustituya la fuente de donde ha de tomarse la prueba; que el artículo 2607 previene que cierta clase de actuaciones, como las sentencias ejecutoriadas, no se protocolizarán sin el requisito del registro, y el Tribunal aceptó como prueba la copia de copia de la sentencia que declaró la filiación natural de las demandantes, *sin estar protocolizada* (sic), de todo lo cual resulta que su tesis es contraria a las mismas disposiciones sustantivas en que erróneamente quiso fundarla.

Por último, a guisa de corroboración de sus afirmaciones, trae a cuento los artículos 630 y 635 del Código Judicial, referentes, el primero a la manera como debe ser presentada la escritura pública, para ser estimada como prueba, y el segundo, al modo de acreditar la suficiencia de un título registrado.

La Corte considera:

Todo este capítulo de la acusación está dedicado a invocar el quebrantamiento de unas normas de función probatoria. Es decir, que el impugnante únicamente alega que no se cumplieron ciertos requisitos formales, para que determinados medios pudieran ser válidamente admitidos como pruebas, o que se les dio por el juzgador el mérito de tales a elementos del proceso que no revestían tal carácter.

Pero la acusación no entra en la órbita a que ha debido llegar para corresponder a las exigencias del recurso extraordinario, porque omitió el señalamiento de los preceptos de derecho sustancial que hubieran sido vulnerados por el sentenciador como consecuencia de la infracción de las normas sobre pruebas.

Si no cabe discutir que los ordenamientos que señalan las especies de prueba de que puede hacerse uso, los requisitos de su integración y el valor de las mismas, tienen materialmente un contenido atributivo del poder de valerse de tales medios para la demostración de los derechos sustanciales ventilados judicialmente, ello mismo está proclamando que ese poder de demostración no es fin de sí mismo, sino que está ordenado a obtener el reconocimiento y eficacia de aquellos derechos sustanciales, como meta y término de las pretensiones deducidas ante la autoridad jurisdiccional.

Y esta es precisamente la consideración con que el legislador, en la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, constituyó en causal de casación la violación de la ley sustantiva a consecuencia del error de derecho en la apreciación de pruebas determinadas, causal ésta cuya técnica imperada por el mismo texto implica, no solamente que se alegue y demuestre el yerro de valoración en que el Tribunal haya incurrido, es decir, el quebrantamiento de la ley probatoria o violación medio, sino que se especifique la ley sustancial infringida, mostrando su quebranto, o sea la violación fin.

Es así verdad establecida la de que la ley probatoria nunca sirve como base exclusiva para fundar el recurso de casación, el que para ser viable en relación con el quebranto de ley de tal especie requiere que éste incida en norma sustancial, es decir, en norma de aquellas por las cuales y para las cuales existe el derecho de acción, que no tendría su fin en la mera producción de unas pruebas, sino que lo encuentra en el reconocimiento o efectividad del interés jurídico, materia de la pretensión.

Si, pues, en este punto, el recurrente, quedándose en la mitad del camino, no llegó en su acusación al señalamiento de norma alguna de derecho sustancial que hubiera sido violada por el juzgador de instancia, no tiene la Corte oportunidad para entrar en consideraciones atinentes a la mera cuestión probatoria, de que se ocupa la censura, y sólo le compete desechar, por defecto de formulación, el cargo.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administran-

do justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha seis (6) de septiembre de mil novecientos sesenta (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, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

VENTA DE COSA AJENA

Se reitera la doctrina sobre la legalidad de la presentación directa de instrumentos públicos durante el término de pruebas.

Quien vende está obligado a transferir el derecho objeto de la venta (1849, C. C.). Es válida la venta de cosa ajena porque el contrato es sólo fuente de obligaciones. Aquella obligación no puede cumplirse sino por medio de la tradición, la que en materia de muebles asume diversas formas (754, C. C.), y de inmuebles, sólo una, el registro (756, C. C.). Mas si es válida la venta en que el vendedor no es dueño, la tradición es inválida cuando lo que entrega es ajeno (740-752, C. C.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Tulio Echeverri Mejía contra Julio Alfonso Puerta Grisales.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, fechada el 23 de mayo de 1962.

Recurrente: el demandado.

I

Antecedentes.

1. Alegando Tulio Echeverri Mejía la falta de ejecución, por parte de Julio Alfonso Puerta Grisales, del contrato de venta contenido en la escritura número 199 de 27 de enero de 1955, de la Notaría Primera del Circuito de Pereira, porque el tradente no era dueño entonces ni vino a serlo luego, de la cosa inmueble vendida, demandó al vendedor Puerta para que se declare resuelto dicho contrato, le restituya la suma de $ 15.000.00 que le pagó como precio, con los intereses corrientes contados desde la fecha de la escritura y le pague los perjuicios que le ocasionó el incumplimiento, más las costas del juicio.

El objeto de la venta fue la cuarta parte indivisa de unos lotes de terreno "ubicados en el extremo sur de esta ciudad de Pereira, entre las zonas del Ferrocarril de Caldas, hoy del Pacífico, y la quebrada de La Arenosa, lotes que hoy en día están reducidos únicamente a los inmuebles que en el Catastro Nacional figuran con los números 7126, 581 y 2859, y cuyos linderos y demás especificaciones son los siguientes, según el título de procedencia: 'De un punto distante de la zona del Ferrocarril del Pacífico sobre la línea occidental de la calle diez y nueve, siguiendo la línea dicha hasta el lindero con predio de Joaquín López R.; y de aquí siguiendo un alambrado, en dirección sureste, lindando con el mismo López, hasta la quebrada de La Arenosa, por esta quebrada arriba, lindando con Roberto Marulanda y Jesús Salazar S., hasta el alambrado con predio de Noel Echeverri, hoy de Jesús Salazar; de aquí, lindando con predios de Salazar y otros, hasta la calle diez y nueve. Y por ésta hacia el Norte y luego a la derecha, hasta el primer punto de partida'. De este inmueble así alinderado se excluye y, por lo tanto, no entran en esta transferencia los lotes vendidos por el exponente y sus condueños, lo mismo que por el señor Antonio J. Botero a los señores Abel Arias, Francisco Ramírez, Ricardo Ramírez, Erasmo Restrepo, Julio Puerta y Rubén Sanint, Agapito Portela, y otros lotes que son hoy de propiedad del señor Jesús Silva y Enrique Henao, por los linderos y dimensiones que constan en los respectivos títulos escriturarios, debidamente inscritos".

Las demás tres cuartas partes proindiviso de este inmueble pertenecían: una al mismo comprador, otra a Rubén Sanint Majía y otra a Juan Bautista Botero Arango.

2. El copartícipe Echeverri Mejía demandó en juicio de partición del bien al copropietario Botero Arango, juicio en el cual quedó establecido que Puerta Grisales no era titular de la cuota parte que vendió al mismo Echeverri Mejía.

3. Contestó el demandado replicando que en razón del contrato de urbanización protocolizado por medio de la escritura número 1702 de 29 de julio de 1948, de la misma Notaría, tenía derecho a la cuarta parte proindiviso de todo el bien raíz, y agregó que "este contrato fue materia de juicio —que se transigió— y la providencia de transacción está registrada", y, en consecuencia, Puerta Grisales "no vendió cosa ajena ni cosa inexistente, sino un derecho consolidado". Y terminó proponiendo las excepciones de "carencia de acción, petición antes de tiempo, petición de modo indebido y la genérica".

4. El Juez Segundo Civil del Circuito de Pereira decidió la litis en sentencia de 4 de septiembre de 1961, denegando las excepciones, por una parte, y haciendo, por otra, las declaraciones y condenas pedidas. El Tribunal del Distrito Judicial de Pereira, en virtud de alzada interpuesta por ambos litigantes, confirmó dicho fallo con fecha 23 de mayo de 1962, del cual recurrió en casación la parte demandada. Formulado el recurso oportunamente, sin réplica del opositor, la Corte pasa a decidir sobre él.

II

La sentencia acusada.

5. Sostiene: la escritura número 199 de 27 de enero de 1955, pasada en la Notaría Primera del Circuito de Pereira, da cuenta de un contrato de venta de una cuota equivalente a la cuarta parte del inmueble alinderado conforme lo expresa el instrumento, contrato que se ajustó a las prescripciones legales, y cuyo precio fue satisfecho por el comprador; la obligación de entregar con arreglo al artículo 1880 del Código Civil, comprende la tradición del derecho, la cual no puede cumplirse si el vendedor no es dueño de él; es un hecho que Puerta Grisales no era dueño de cuota en el inmueble especificado antes, pues la escritura número 1702, otorgada el 29 de julio de 1948 ante el Notario Primero de Pereira, no da fe sino de la protocolización de un contrato celebrado el 21 de julio de 1941, entre Antonio J. Botero Arango, como propietario de los terrenos, y Rubén Sanint Mejía y Julio Alfonso Puerta Grisales, como urbanizadores; y el haber puesto al comprador "en posesión y dominio de lo que le vende", nada significa en orden a la transferencia del derecho. Y agrega el fallo:

"Se equivocaron tanto vendedor como comprador al considerar que el primero había adquirido lo que vendía en la forma indicada en la escritura de venta. Pero sobre esta equivocación no puede estructurarse la interpretación que el demandado pretende que se le dé al contrato de venta, o sea la de que los contratantes sólo quisieron negociar los derechos que el vendedor pudiera haber adquirido por el contrato de urbanización ya aludido sobre el bien objeto del acto. Se acepta que el doctor Echeverri conocía el contrato de urbanización; pero de que lo conociera no se deduce que a sabiendas de que el señor Puerta no era dueño celebró con éste el ameritado contrato. Lo que resulta de los autos —se repite— es que tanto Puerta como Echeverri equivocadamente creían que por el contrato de urbanización el primero había adquirido lo que pretendió transferir al segundo. Despejado el error y visto que el vendedor no pudo transferir el dominio, los derechos del comprador quedaban amparados por la acción de resolución del contrato de venta".

Concluye la sentencia aceptando los presupuestos de la acción resolutoria y confirma la de primer grado.

III

La acusación de la sentencia.

Tres cargos se formulan a la providencia recurrida.

Primer cargo.

6. Se enuncia así:

"Violación indirecta del artículo 1546 del Código Civil, determinada por error en la apreciación de la prueba consistente en la copia de piezas del juicio divisorio protocolizado por escritura pública número 1328, de 13 de julio de 1961, en la Notaría Tercera del Circuito de Pereira, visible a folios 40 y siguientes del cuaderno primero, y en relación con los artículos 1760, 2335, 2577, 2606, 2607, 2641, 2652, 2673 del Código Civil; Leyes 57 de 1887, artículos 35 y 95 de 1890, artículo 36, y artículos 593, 630, 632, 635 del Código Judicial".

7. Se motiva este cargo en el hecho de haber aceptado el sentenciador, como prueba de que el demandado Puerta no llegó a ser titular de la cuota en el inmueble, y, en consecuencia, de no haber cumplido la obligación de transferir a Echeverri Mejía el derecho vendido, la copia que

figura a los folios 40 y siguientes del cuaderno 1º, expedida por el Notario Tercero del Circuito de Pereira, en cuyo protocolo reposa el juicio divisorio seguido por Rubén Sanint Mejía contra Tulio Echeverri Mejía y Juan Bautista Botero.

8. El recurrente impugna el recibo de esta prueba afirmando: a) la partición de inmuebles debe elevarse a escritura pública (C. C. 2577, 2607, Ley 95 de 1890, 36); b) dicho acto debe inscribirse en el competente registro (C. J. 1152, 967; C. C. 2641); c) la escritura de protocolización debe ser registrada (C. C. 2652); d) la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba, cuando la ley lo exige (C. C. 1760); e) la escritura pública se presenta en copia autorizada por el Notario, con la nota de haber sido inscrita (C. J. 630); f) la suficiencia de un título registrado debe reunir los requisitos de que trata el artículo 635 del Código Judicial, y g) la manera de aducir en juicio los instrumentos públicos, si no se acompañan con la demanda y su contestación, o con los memoriales de excepciones, la indica el artículo 636 del Código Judicial.

Concluye que al admitir el Tribunal la dicha copia como demostración de que Puerta Grisales, el demandado, no tuvo cuota alguna en el inmueble, y no pudo, por tanto, transferírsela a Echeverri Mejía por medio de la escritura número 199, de 27 de enero de 1955, incurrió en error de derecho por infracción de las citadas disposiciones legales con el necesario quebranto consecuencial del artículo 1546 del Código Civil.

Se considera:

9. No puede tildarse de error de derecho la decisión recurrida, en cuanto otorga a la copia expresada pleno valor para acreditar el hecho en referencia.

La copia es auténtica porque está autorizada por el Notario Tercero del Circuito de Pereira, quien dice haberla compulsado del juicio divisorio, cuya protocolización se efectuó en su despacho, por medio de la escritura número 1328 de 13 de julio de 1961 (967, inc. 2º, C. C.); figuran allí las hijuelas a favor de los copartícipes, la sentencia aprobatoria de la partición, el auto de ejecutoria y las notas de registro correspondientes; la copia fue presentada con la solicitud de apertura a pruebas de la segunda instancia, y a la vez invocada como tal en el escrito de pruebas, oportunidades reconocidas para ello por la doctrina de la Corte (Cas. junio 24 de 1954. LXXVII, 2142, 853), y no exige la ley en estos casos la demostración de la suficiencia del título (sent. febrero 25 de 1945. LVIII, 2017, 624).

10. Y en el supuesto de que la apreciación de la copia a que se hace referencia no se ajustase a derecho, es lo cierto que aun prescindiendo de tal prueba, no se acreditó que el tradente Puerta Grisales hubiese transferido a Echeverri Mejía el derecho comprado mediante la citada escritura número 199 de enero 27 de 1955.

En efecto, reza el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Pereira (f. 10, c. 5º): "... de acuerdo con la titulación relacionada en el certificado cuya copia antecede, de fecha 24 de febrero de 1958, distinguido con el número 160, el señor Julio Alfonso Puerta Grisales, en fecha 27 de enero de 1955, en la cual otorgó la escritura pública número 199, de la Notaría 1ª de Pereira, inscrita en esta oficina el día 22 de febrero siguiente, al libro primero, tomo segundo, folio 201, partida 453, al señor doctor Tulio Echeverri Mejía, escritura por la cual transfirió a título de venta al citado Echeverri Mejía la cuarta parte del inmueble de que trata el numeral 1º del certificado que antecede, carecía de títulos de adquisición distintos a los relacionados bajo el numeral segundo del certificado transcrito; por lo cual, de acuerdo con lo dispuesto en el Título Sexto, Capítulo Primero, artículos 740, 745, siguientes y concordantes del Código Civil Colombiano, y demás disposiciones legales concordantes, no era poseedor inscrito de la cuarta parte indivisa del inmueble por él transferida, ya que carecía de un título traslaticio del dominio, de la cuota del citado inmueble, según lo dispuesto en forma expresa por el artículo 745 del Código Civil".

De los títulos a que se refiere esta certificación trata el punto *segundo* de la misma (f. 5 vt. ib.), así:

"El derecho de Julio Alfonso Puerta Grisales y Rubén (sic) Sanint Mejía proviene de un contrato sobre parcelación y urbanización celebrado por el causante, Antonio J. Botero, el 2 de julio de 1948, protocolizado en la Notaría Primera de Pereira por la escritura número 1702 de fecha 29 de julio del mismo año citado, y cuya copia fue registrada el día 12 de agosto citado, en el libro de registro número segundo —repisado—, tomo 2º, al folio 435, partida número 1303".

Y el convenio privado de urbanización a que se hace referencia, fechado el 2 de julio de 1941 y protocolizado mediante instrumento público número 1702 de 29 de julio de 1948, pasado ante el Notario Primero de Pereira, da testimonio de

la entrega material que hizo Antonio J. Botero a Rubén Sanint Mejía y Julio Alfonso Puerta Grisales, *para su urbanización,* del lote de terreno cuya cuarta parte indivisa dijo vender el último al demandante Tulio Echeverri Mejía, convenio que sobre su carácter privado, impropio para mudar la propiedad de los bienes raíces, ningún antecedente contiene sobre origen o causa de adquisición del dominio o condominio del inmueble en favor del demandado Puerta Grisales, distinto del convenio sobre parcelación y urbanización. Y además no consta en el proceso que el vendedor, carente del derecho el día del otorgamiento de la venta, lo hubiese adquirido luego, ratificando de tal suerte la venta.

No es eficaz, por tanto, el primer cargo.

Segundo cargo.

11. Consiste en violación, por indebida aplicación del artículo 1546 del Código Civil, "en relación con los artículos 756, 764, 789, 980, 1608 y 1932 de la misma obra".

Así lo enuncia la acusación:

"El honorable Tribunal dio regulación a la norma que en nuestro estatuto consagra la condición resolutoria tácita para todos los contratos bilaterales, en el entendimiento de que las partes celebraron un contrato de compraventa de bien inmueble, y de que el vendedor incumplió su obligación de hacer tradición de lo vendido. Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida, según las voces del artículo 1880".

En relación con la tradición dice que habiendo sido inscrita debidamente la escritura número 199 en la Oficina de Registro, cumplió el vendedor la obligación correspondiente al traspaso del condominio; y en cuanto a la entrega material de la cosa vendida, la afirma la misma escritura.

Y además que, no habiendo sido reconvenido el vendedor para que cumpliese la prestación de transferir el derecho, no fue constituído en mora, requisito indispensable para poder ser demandado con acción resolutoria.

Se considera:

12. Quien vende está obligado a transferir el derecho objeto de la venta (1849 C. C.). Es válida la venta de cosa ajena porque el contrato es sólo fuente de obligaciones. Tal obligación no puede cumplirse sino por medio de la tradición, la que en materia de muebles asume diversas formas (754 C. C.), y de inmuebles, sólo una, el registro (756 C. C.). Mas si es válida la venta en que el vendedor no es dueño, la tradición es inválida cuando lo que entrega es ajeno (740-752 C. C.). De manera que si la escritura número 199 fue inscrita en el Registro Público, como aparece al pie de ella (f. 3, C. 1º), no por ello cumplió el vendedor su obligación, ya que carecía del derecho vendido en el acto del registro, y no lo adquirió después de modo que hubiese podido ejecutarla.

No empece a ello la declaración contenida en la precitada escritura número 199, de haber puesto al comprador "en posesión y dominio de lo que le vende", porque ello no significa que hubiese cumplido en su integridad la obligación de entregar (a. 1880 C. C.).

Ni tampoco que no hubiese sido reconvenido el vendedor para que fuese constituído en mora de satisfacer la misma prestación, porque ésta debe cumplirse inmediatamente que el contrato se perfecciona, a menos que se convenga otra cosa (1882 y 1887, C. C.).

Lo cual indica que tampoco este cargo puede producir la casación de la sentencia.

Tercer cargo.

13. Se acusa el fallo por violación directa de los artículos 1618, 1620 a 1622 C. C., en armonía con los artículos 1849 y 1886 ib.

Se hace consistir en que el sentenciador erró al interpretar el contrato celebrado mediante la escritura número 199, de enero 27 de 1955, de la Notaría Primera del Circuito de Pereira, pues no contiene este instrumento convención de compraventa de la cuarta parte en común en los terrenos a que se contrae el litigio, sino "un negocio de urbanización y parcelación de inmuebles", porque de la sociedad de hecho existente entre Julio Alfonso Puerta y Antonio J. Botero y Rubén Sanint, se derivaba para el primero "un derecho cierto e indiscutible a participar en las utilidades de esa sociedad, en la proporción de una cuarta parte, que a ello equivalía su derecho".

Se considera:

14. Se plantea la acusación en torno a la naturaleza jurídica del contrato perfeccionado por medio de la escritura número 199, y cita al efecto algunos de los preceptos del Código Civil sobre la interpretación del acto jurídico, preceptos que, según la jurisprudencia nacional,

generan, en caso de quebranto, la casación de la sentencia (Cas. feb. 23, 1961. XCIV, 2235 y 36, 535).

Por una parte, no expone la acusación el porqué del agravio que menciona. Carece de precisión y de razones demostrativas del quebranto. En términos tan breves como los que emplea no es posible desarrollar una causa de impugnación tan compleja y difícil, ya que las voces del instrumento configuran lisa y llanamente un contrato de compraventa: Julio Alfonso Puerta Grisales dice que vende a Tulio Echeverri Mejía "el derecho de dominio y la plena posesión que tiene en la cuarta parte, en común y proindiviso con las otras tres cuartas partes que pertenecen, una al mismo comprador, otra al señor Rubén Sanint Mejía y otra al señor Juan Bautista Botero Arango, de unos lotes de terreno (aquí la ubicación y los linderos exactos de la totalidad de los terrenos, y la relación de unos lotes que las partes excluyeron de dicha venta); se determina luego el precio que el comprador paga en efectivo y en algunas letras de cambio; se declara haber puesto al comprador en posesión de la cuota enajenada y se obliga el vendedor a responder por el saneamiento. Aparte alguna impropiedad en el léxico empleado en la escritura, no hay duda de que se trata de una venta de un derecho de cuarta parte indivisa en el inmueble.

La motivación del cargo está lejos de demostrar que el Tribunal, al enjuiciar la naturaleza del contrato contenido en dicha escritura, como venta de la cuota proindiviso, hubiera infringido alguna de las reglas consagradas en los textos del Código Civil sobre interpretación de los contratos. El cargo señala como quebrantados los artículos 1618, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, pero en relación con ninguno de ellos expone las razones que lo llevan a esa conclusión. En este recurso extraordinario es indispensable puntualizar la forma en que ha sido violado cada precepto.

Se advierte que en casación por la causal primera, se trata de violación de la ley, de modo que decir, como lo hace la demanda en los distintos cargos, que determinadas disposiciones legales han sido violadas "en relación" con estas o aquellas disposiciones que cita, no tiene alcance en este recurso, porque la ley se infringe o no se infringe, pero no puede hacerse depender la violación del nexo de unos textos con otros, sin que éstos resulten quebrantados, y en tal caso la violación los comprende todos. Al menos tal forma es confusa, y, por tanto, impropia en casación.

V

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veintitrés (23) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio seguido por Tulio Echeverri Mejía contra Julio Alfonso Puerta Grisales.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SENTENCIA INEXISTENTE

La que confirma declaraciones que no contiene la decisión apelada, adolece del mismo vicio de inexistencia. — Condición para que haya propiamente fallo de segundo grado, cuando éste se limita a confirmar el de primero.

1. El recurso de casación lo establece el artículo 519 del Código Judicial contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas en los juicios que determina la misma norma.

Para que haya propiamente sentencia de segundo grado, especialmente cuando éste se limita a confirmar la de primero, es necesario que ésta haya hecho pronunciamiento sobre las peticiones de la demanda.

Sabido es que la sentencia, si bien consta de un silogismo, en el cual la premisa mayor la constituye la norma o normas legales; la menor la relación jurídica planteada en el juicio, y la conclusión, la aplicación del precepto general al caso concreto o la norma de conducta que ha de seguirse en éste, se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que la parte esencial de la sentencia se encuentra en la conclusión o parte resolutiva, en la cual hay un acto de imperio o una declaración de voluntad del estado sobre la conducta a que queda sujeto el caso sub judice.

Por estas razones, el artículo 471 del Código Judicial, luego de expresar el contenido de la parte motiva de las sentencias, agrega: "En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho a cada una de las partes...".

2. Comoquiera que la sentencia proferida en primer término por el Juzgado del conocimiento en que hizo las declaraciones propuestas por la demanda principal, fue revocada por la del Tribunal en la cual dispuso que el fallador de primera instancia profiriera nuevamente sentencia en la que "estudie y considere todos los aspectos del proceso sin omitir ninguna de las pretensiones deducidas oportunamente por los protagonistas del litigio", es evidente que desapareció el fallo del Juzgado, y que para que los pronunciamientos hechos en él adquirieran nuevamente vida jurídica, era indispensable incluírlos en la parte resolutiva de la sentencia que pronunció el mismo Juzgado por segunda vez. Pero adicionar un fallo inexistente con la declaración de que no están probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, no es la declaración correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos que ordena el artículo 471. No se puede adicionar un fallo inexistente. Por lo mismo, la sentencia dictada en segundo término por el Juez y apelada ante el Tribunal quedó reducida a declarar no probadas las excepciones que, sin la decisión favorable de las súplicas incoadas, no tiene sentido ni alcance de fallo.

En estas condiciones, al Tribunal, en atención a que no había fallo de primera instancia, le correspondía ordenar que volviera el expediente, para que el Juzgado cumpliera con el deber de pronunciarse sobre todas las peticiones de los litigantes en conformidad con el artículo 471 del Código Judicial.

Dedúcese de esto que la sentencia del Tribunal, recurrida en casación, en que confirma las declaraciones que no contiene la sentencia apelada, adolece del mismo vicio de inexistencia, porque no cabe confirmar pronunciamientos que no se han hecho, es decir, no se puede confirmar una sentencia que no es tal, porque carece de parte resolutiva.

No habiendo fallo de segunda instancia, no hay materia sobre la cual pueda caber el estudio del recurso de casación, cuyas causales tienen que repercutir necesariamente sobre la parte resolutiva de la sentencia, pues los razonamientos que solamente afectan la motiva llevan únicamente a una rectificación doctrinaria, pero no a la infirmación de la parte resolutiva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos sesenta y tres).

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

Ismael Betancourt, como Gerente de la Sociedad Betancourt, Monsalve y Cía. Ltda., Cacharrería Colombiana y Marquetería La Elegancia, demandó en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín a la Sociedad Comercial Inversiones Col-Neón Ltda., representada por Fabio Mejía Mejía, ambas sociedades con domicilio en Medellín, para que en juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"A) Que la sociedad arrendadora o propietaria del aviso ha incumplido el contrato que con ella celebró Betancourt, Monsalve y Cía. Ltda., el 15 de octubre de 1955, al no prestar el servicio a que ella se obligó manteniéndolo alumbrado por las noches en la forma estipulada;

"B) Que como consecuencia está obligada a devolver la suma de cuatrocientos veinte pesos ($ 420.00) que le dio como anticipo del contrato, con todos sus intereses correspondientes desde la fecha en que los percibió;

"C) Que la sociedad arrendataria del aviso no ha estado obligada durante el plazo que ha transcurrido del contrato a pagar ni un solo centavo por concepto de arrendamiento del aviso, ya que éste no ha sido entregado funcionando ni instalado técnicamente para su funcionamiento, ni ha prestado el servicio apetecido al permanecer apagado;

"D) Que la sociedad arrendadora debe retirar el aviso dentro del término que usted señale, o autorizar a la sociedad arrendataria para su retiro;

"E) Que como la sociedad arrendadora no ha cumplido el contrato, se declare resuelto éste y sin ningún valor;

"F) Que como consecuencia, debe pagar los perjuicios que ha sufrido la sociedad arrendataria al no poder gozar del servicio del aviso durante el tiempo que va transcurrido del 13 de octubre del año de 1955 hasta la fecha que se declare resuelto el contrato, lo que se determinará por medio de peritos nombrados por las partes;

"G) Que en todo caso se le condene a las costas judiciales a la sociedad arrendadora demandada".

Los hechos se resumen así:

1º Betancourt, Monsalve y Cía. Ltda., celebró un contrato con Inversiones Col-Neón Ltda., el 13 de octubre de 1955, para que ésta instalara en la parte superior de las puertas del local número 45-30 de la carrera de Carabobo, donde funciona la Cacharrería Colombiana, un "aviso de dos caras con la leyenda 'Cacharrería Colombiana', de dos metros con sesenta centímetros de largo por uno con treinta y cinco centímetros de ancho, en colores de pintura Neón, según boceto aprobado por la sociedad demandante. Además una iluminación en Neón, constante de sesenta varillas de Neón en vidrio, colocadas en una marquesina de seis metros de largo con una distancia de diez centímetros; treinta varillas deben ser de color neón amarillo oro, quince de azul fluorescente y quince de rojo, en forma de imitar la bandera colombiana"; "además, la luz en las varillas Neón tendrá un movimiento en forma de cortina de sur a norte, empezando por neón amarillo y terminando en el rojo".

2º El aviso descrito quedaba de propiedad de Inversiones Col-Neón Ltda., la cual se obligó a instalarlo y ponerlo a funcionar en el mes de noviembre de 1955, en que se inauguraba la "Cacharrería Colombiana", y debía estar encendido durante la noche. El tiempo en que no funcionara por la noche no implicaría costo alguno para el arrendatario del aviso. El canon mensual de arriendo sería de sesenta pesos, que empezaría a devengarse una vez entregado el aviso instalado y funcionando a satisfacción, "lo que hasta la fecha no ha ocurrido".

3º El plazo del contrato sería de cinco años, durante el cual la sociedad arrendadora debía mantener el aviso en perfecto estado de funcionamiento, siendo de su cargo los gastos que esto implicara, y de la compañía arrendataria los que demande el aviso por energía eléctrica, impuestos, traslados y reformas.

4º Aunque Betancourt, Monsalve y Cía. Ltda. le adelantó a la compañía arrendadora la suma de $ 420.00, correspondientes a seis meses de arrendamiento, ésta "no ha entregado el aviso funcionando con luz una sola noche", sino sólo el correspondiente a la leyenda "Cacharrería Colombiana", pero no la parte de la bandera compuesta de varillas de vidrio con alumbrado de Gas Neón, que ha permanecido totalmente apagada, no obstante los distintos requerimientos que por teléfono, personalmente o por escrito la sociedad demandante le ha hecho a la demandada, ésta no los ha atendido, excepto una vez, a principios de la vigencia del contrato, en que le hizo una reparación, que dio por resultado que el aviso funcionara una media hora y volviera a apagarse.

5º En vista de que la sociedad arrendadora no cumplió con la obligación de entregar el aviso en funcionamiento satisfactorio, Betancourt, Monsalve y Cía. Ltda. le dirigió el 27 de marzo de 1957 una carta para pedirle que retirara el aviso porque no prestaba ningún servicio, y sí le estaba causando muchos perjuicios. La respuesta obtenida fue la de que se entendiera la actora con el abogado, doctor Fabio Naranjo, con quien no se llegó a ninguna conclusión.

6º Por cuanto el aviso no ha prestado el servicio publicitario y de propaganda que se buscó con él, la sociedad arrendataria ha sufrido perjuicios económicos.

Inversiones Col-Neón Ltda. descorrió el traslado oponiéndose a las súplicas de la demanda, y negando los hechos fundamentales en razón de que el aviso fue instalado y ha venido funcionando correctamente, sin que la entidad demandante haya pagado los cánones de arrendamiento convenidos.

Propuso las excepciones de petición de modo indebido y la genérica.

A su turno demandó en reconvención a Betancourt, Monsalve y Cía. Ltda, para que se declare:

1º Que la compañía demandada ha violado el contrato de arrendamiento suscrito el 13 de octubre de 1955 con Inversiones Col-Neón Ltda., referente al aviso luminoso "de las características y especificaciones de que da cuenta este expediente".

2º Que, como consecuencia, la empresa demandada está obligada a pagar a Inversiones Col-Neón Ltda., dentro del término que señale la sentencia, "la suma de tres mil setecientos ochenta pesos ($ 3.780.00) moneda legal, valor de los cánones de arrendamiento causados desde la fecha de instalación del mentado aviso luminoso hasta el día de cesación del arriendo por vencimiento del término contractual, previa deducción de la cuota inicial dada, según los términos del mismo".

Subsidiariamente. Que, como consecuencia de la primera declaración, la sociedad demandada debe pagar a Inversiones Col-Neón Ltda., dentro del término que se le fije, "la suma de dinero que se demostrare deber por concepto de arrendamientos causados y no cubiertos".

3º Que la misma sociedad debe pagar "los intereses legales sobre la suma reconocida en este fallo, desde la fecha de la ejecutoria del mismo hasta que el pago se verifique".

Hechos:

1º El 13 de octubre de 1955 se celebró entre las dos sociedades un contrato de arrendamiento sobre un aviso luminoso, alusivo a la "Cacharrería Colombiana", "de propiedad de ésta, de las especificaciones y determinación que se anotan en el documento que oportunamente se allegará al expediente".

2º El canon de arrendamiento sería $ 70.00 mensuales, pagaderos por mensualidades vencidas. Asimismo la sociedad demandada, a la firma del contrato, cubriría la suma de cuatrocientos veinte pesos ($ 420.00), imputables a las seis últimas mensualidades.

3º El término de duración del arriendo sería de cinco años, contados desde el día de la instalación del aviso, la cual se hizo en noviembre de 1955.

4º Se estipuló que la violación del contrato determinaría el pago de los arrendamientos causados en los cinco años de duración del contrato.

5º La compañía demandada se halla en mora de pagar los arrendamientos causados, a pesar de haberse instalado el aviso el 21 de noviembre de 1955. Debe, por tanto, los cánones devengados desde esta fecha hasta el día de la demanda.

6º Según los términos del contrato y dada la violación del mismo, la empresa demandada está obligada a pagar los cánones de cincuenta y cuatro meses, que suman tres mil ochocientos setenta pesos ($ 3.870.00)

El representante de Betancourt, Monsalve y Cía. Ltda., contestó oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas en la contrademanda. Aceptó el hecho primero al tenor del contrato, que dice se acompaña, y el segundo, como reza el libelo. Niega los demás, por cuanto Inversiones Col-Neón no ha instalado el aviso en la forma convenida.

El Juzgado, en sentencia de trece de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, falló en estos términos:

1º Declara resuelto el contrato.

2º Condena a la parte demandada: "a) A devolverle la suma de cuatrocientos veinte pesos ($ 420.00) moneda legal, y sus intereses legales a partir del 13 de octubre de 1955 hasta su solución; b) Al pago de los perjuicios por el incumplimiento del contrato, los cuales serán tasados mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, bien al cumplimiento de este fallo, o en juicio aparte; c) Asimismo y también, a la ejecutoria de este fallo, la parte demandada está obligada a retirar el aviso..., y d) Y final-

mente a pagar las costas del juicio a la parte actora''.

Apelado el fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en vista de que el Juzgado no estudió las excepciones o defensas alegadas por las dos partes, en providencia de nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, revocó la de primer grado ''para el efecto de que la sentencia que nuevamente ha de pronunciarse, estudie y considere todos los aspectos del proceso, sin omitir ninguna de las pretensiones deducidas oportunamente por los protagonistas del litigio''.

El Juzgado, si bien en la parte narrativa transcribió las declaraciones hechas en su fallo revocado por el Tribunal, se ocupó solamente del estudio de la excepción de petición de modo indebido propuesta por la parte demandada, y se pronunció en proveído de once de agosto de mil novecientos sesenta, en estos términos: ''Es, pues, el caso de mantener el fallo pronunciado por este despacho con fecha 13 de agosto de 1959, con la adición de declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada analizadas en la parte motiva de esta providencia, y, en consecuencia, así se falla administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley''.

Vuelto el juicio nuevamente en apelación propuesta por ambas partes contra la segunda resolución del Juzgado, el Tribunal, considerando que el Juzgado ''decidió (fols. 18 y 38) declarando infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada'', y que había hecho también las declaraciones ''contenidas en la sentencia revocada, con fecha tres de diciembre de mil novecientos sesenta'', falló: ''Confírmase la sentencia apelada originaria del Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito. Se condene en costas a la parte demandada en la mitad de ellas''.

El representante de Inversiones Col-Neón Ltda. impugnó la decisión del Tribunal con el recurso extraordinario de casación, que fue fundado y contestado oportunamente.

Se considera:

El recurso de casación lo establece el artículo 519 del Código Judicial contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas en los juicios que determina la misma norma.

Para que haya propiamente sentencia de segundo grado, especialmente cuando éste se limita a confirmar la de primero, es necesario que ésta haya hecho pronunciamiento sobre las peticiones de la demanda.

Sabido es que la sentencia, si bien consta de un silogismo, en el cual la premisa mayor la constituye la norma o normas legales; la menor la relación jurídica planteada en el juicio, y la conclusión, la aplicación del precepto general al caso concreto o la norma de conducta que ha de seguirse en éste, se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que la parte esencial de la sentencia se encuentra en la conclusión o parte resolutiva, en la cual hay un acto de imperio o una declaración de voluntad del estado sobre la conducta a que queda sujeto el caso *sub judice*.

Por estas razones, el artículo 471 del Código Judicial, luego de expresar el contenido de la parte motiva de las sentencias, agrega: ''En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho a cada una de las partes...''.

Visto como queda que la sentencia proferida por el Juzgado del conocimiento el 13 de agosto de 1959, en que hizo las declaraciones propuestas por la demanda principal, fue revocada por la del Tribunal, en la cual dispuso que el fallador de primera instancia profiriera nuevamente sentencia en la que ''estudie y considere todos los aspectos del proceso, sin omitir ninguna de las pretensiones deducidas oportunamente por los protagonistas del litigio'', es evidente que desapareció el fallo del Juzgado, y que para que los pronunciamientos hechos en él adquirieran nuevamente vida jurídica, era indispensable incluírlos en la parte resolutiva de la sentencia que pronunció el mismo fallador el 11 de agosto de 1960. Pero adicionar un fallo inexistente con la declaración de que no están probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, no es la declaración correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos que ordena el artículo 471. No se puede adicionar un fallo inexistente. Por lo mismo, la sentencia apelada ante el Tribunal quedó reducida a declarar no probadas las excepciones que, sin la decisión favorable de las súplicas incoadas, no tiene sentido ni alcance de fallo.

En estas condiciones, al Tribunal, en atención a que no había fallo de primera instancia, le correspondía ordenar que volviera el expediente, para que el Juzgado cumpliera con el deber de pronunciarse sobre todas las peticiones de los litigantes, en conformidad con el artículo 471 del Código Judicial.

Dedúcese de esto que la sentencia del Tribunal en que confirma las declaraciones que no contiene la sentencia apelada, adolece del mismo vicio de inexistencia, porque no cabe confirmar pronunciamientos que no se han hecho, es decir,

no se puede confirmar una sentencia que no es tal, porque carece de parte resolutiva.

No habiendo fallo de segunda instancia, no hay materia sobre la cual pueda caber el estudio del recurso de casación, cuyas causales tienen que repercutir necesariamente sobre la parte resolutiva de la sentencia, pues los razonamientos que solamente afectan la motiva llevan únicamente a una rectificación doctrinaria, pero no a la infirmación de la parte resolutiva.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *se inhibe* de considerar la demanda de casación por no existir sentencia de segunda instancia, con la cual toque el recurso, y dispone devolver el expediente al Tribunal Superior de Medellín, para que éste provea lo conducente, a fin de que se profiera sentencia de primera instancia en debida forma por el Juzgado del Circuito.

No hay lugar a condenar en costas.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CERTIFICADOS DEL REGISTRADOR

Prevalencia de la realidad que muestran las inscripciones sobre lo que afirmen aquéllos.

Si los certificados de los registradores son prueba de lo que en ellos se asevera, con vista de lo que rezan las inscripciones asentadas en los libros de su oficina (arts. 2640, C. C. y 632, C. J.), en los casos en que por el derecho se requiere o admite esta especie de prueba, ello es porque, siendo los registradores funcionarios de fe pública y debiendo ser sus certificaciones fiel reflejo de lo que ostentan los libros de registro, se presume, de acuerdo con el sistema legal, la conformidad de aquéllas con éstos, pero sin que eso obste para que, si en determinado caso se demuestra formalmente que tal conformidad no existe, tenga que prevalecer la realidad que muestran las inscripciones mismas, sobre lo que afirme la certificación ambigua, equivocada o inexacta de un registrador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(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 Manizales, con fecha 29 de septiembre de 1960, en el juicio ordinario seguido por Juan Alzate Noreña frente a Hernando Antonio Uribe Castaño y María del Rosario Idárraga de E.

I

El litigio.

Refiere el libelo iniciativo de esta acción:

Que en el juicio ejecutivo instaurado por Bernardo Pérez Cortés contra María del Rosario Idárraga de E. ante el Juez Civil del Circuito de Salamina y en el que es tercerista Juan Alzate Noreña, en razón de un crédito de dinero constante en documento negociable, se decretó el embargo de un predio ubicado en el paraje de El Perro, de la jurisdicción de Salamina, determinado por los siguientes linderos: "De un mojón de piedra que está al borde del camino, lindero con Víctor Arango, de pára abajo, línea recta, a un cartagueño, sobre la derecha a un árbol que está encima de una cañada; de ésta a la quebrada; ésta arriba a la segunda agüita, lindero con José Jesús Moncada; de ésta hacia arriba hasta el nacimiento del agua; de aquí filo arriba a un mojón de piedra que está al borde del camino; de aquí, siguiendo sobre la izquierda por el borde del camino, al primer lindero";

Que del inmueble así descrito, se excluye un lote alindado así: "De un filo que está arriba de una casa de habitación y por donde pasa el camino público, se sigue filo arriba hasta encontrar el lindero con Arturo Osorio; siguiendo de travesía por encima de la casa de Osorio, hasta salir al camino que conduce a la casa; siguiendo camino arriba hasta un árbol de sueldo; de aquí para arriba a salir al camino de la travesía; y de aquí al primer mojón de piedra al borde del camino, lindero con Víctor Arango, primer lindero";

Que el susodicho embargo se anotó en el competente libro de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos el día 27 de junio de 1958;

Que luego, por medio de la escritura número 460 de 15 de julio de 1958, de la Notaría de Salamina, registrada allí el mismo día, María del Rosario Idárraga de E., apersonada por su mandatario general, Luis Eduardo Idárraga M., vendió a Hernando Antonio Uribe Castaño una porción de terreno denominada "La Esperanza", sita en el paraje de "El Perro", de la sobredicha jurisdicción, y singularizada así: "Del borde del camino que cruza para 'El Perro', siguiendo línea recta para abajo, hasta un árbol de nogal,

que está al pie del cafetal, lindero con la vendedora; de aquí línea recta hasta salir a la cañada; cañada abajo hasta encontrar el lindero con predio del señor Jairo Arango; de aquí lindando con el mismo Arango hasta subir nuevamente al camino que cruza para 'El Perro', y de aquí siguiendo por el mismo camino hasta el mojón citado como primer lindero";

Que del predio embargado que se especificó al principio, hace parte la porción de "La Esperanza" últimamente determinada, de donde el registro de la escritura número 460 de 15 de julio de 1958, por la cual se intentó su enajenación, resulta posterior al del embargo en referencia, y

Que así las cosas, se inscribió la venta de un bien embargado judicialmente.

En función de tales *hechos*, Juan Alzate Noreña demandó en juicio ordinario a Hernando Antonio Uribe Castaño y María del Rosario Idárraga de E., para que se decida: que son nulos de nulidad absoluta el contrato de compraventa que los dos últimos celebraron por medio de la escritura número 460 de 15 de julio de 1958, de la Notaría de Salamina, y la inscripción que de la propia escritura se hizo en la misma fecha, bajo el número 337, al folio 368 del Libro Primero pares, tomo primero, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Salamina, y, en consecuencia, se libre oficio al Registrador para que cancele la inscripción anulada; que los demandados deben al actor el valor de los perjuicios causados con la compraventa en mención; y que se les condene en costas.

En *derecho* invocáronse los artículos 1502, 1519, 1521, 1740, 1741 y 1742 del Código Civil.

Los demandados, por medio de sendos mandatarios, contestaron así:

Hernando Antonio Uribe, aunque aceptó el hecho de la venta a su favor otorgada por María del Rosario Idárraga de E. mediante la escritura número 460 de 15 de julio de 1958, y el de su registro, contradijo el libelo, manifestando oponerse a que se acojan las súplicas del actor, contra cuyas pretensiones propuso varias excepciones perentorias. María del Rosario Idárraga se limitó a expresar que no le consta el hecho de que el demandante sea su acreedor; a calificar de cuestión jurídica la afirmación, propuesta como hecho, de que hay objeto ilícito y, por lo tanto, nulidad absoluta en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial; y aceptó por ciertos todos los demás hechos de la demanda.

Remató la primera instancia con fallo en que se dijo absolver a Hernando Antonio Uribe Castaño "de todos los cargos" que le formulara el actor, no obstante lo cual se decretó la nulidad del contrato de venta celebrado entre el propio Uribe Castaño y María del Rosario Idárraga mediante la citada escritura número 460 de 15 de julio de 1958, así como la del registro del mismo contrato.

Por apelación, tanto del demandado, Uribe Castaño, como del demandante, surtiose el segundo grado del juicio a que recayó la sentencia de 29 de septiembre de 1960, por la cual el Tribunal revocó la del inferior y, en su lugar, absolvió a los demandados, de los cargos que les fueron hechos, y condenó en costas al actor.

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

II

La sentencia recurrida.

Fundamento total de la decisión es el hecho de no estar acreditado que la finca objeto de la venta que María del Rosario Idárraga otorgó a Hernando Antonio Uribe C., en la escritura número 460 de 15 de julio de 1958, de la Notaría de Salamina, haga parte de lo embargado en la ejecución adelantada por Bernando Pérez Cortés contra la dicha Idárraga.

Al efecto, discurre el Tribunal así:

Que aunque en el certificado del Registrador que se acompañó a la demanda, "aparece la constancia de que el inmueble a que se contrajo el decreto de embargo es el mismo que le fue adjudicado a la señora Idárraga en el juicio de sucesión del señor Juan de Dios Echeverri", esto es, el primero de los que se especificaron atrás, con todo, el propio demandante en su libelo hizo la aclaración de que de ese predio quedó excluído, en el decreto de embargo, un lote que es el mismo que arriba se determina en segundo lugar;

Que "esta afirmación que se hizo en la demanda fue además verificada mediante diligencia de inspección ocular que se practicó en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Salamina, durante el término probatorio que se concedió en esta segunda instancia. En el acta correspondiente a esa diligencia se lee que 'el inmueble materia de embargo (en el juicio ejecutivo tántas veces mencionado) consiste en un lote de terreno con plantaciones de café, con un pequeño potrero y casa de habitación, situado en el paraje de 'El Perro', de este Municipio, de una cabida aproximada de seis almudes, comprendido por los siguientes linderos': (aquí se

relacionan exactamente los mismos linderos correspondientes a la finca que le fue adjudicada a la señora Idárraga en la sucesión del señor Juan de Dios Echeverri). Pero, en seguida continúa el acta de la diligencia de inspección ocular describiendo los linderos de un lote de terreno que quedó excluído del embargo, los cuales coinciden con los que relaciona el demandante como correspondientes a la porción de la finca que él mismo afirma también quedó libre de embargo";

Que "de otro lado, en diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, practicada en la primera instancia a solicitud de la parte demandada, se constató el hecho de que a la señora Idárraga le quedó una porción de terreno, después de las ventas parciales que verificó mediante la escritura número 80 de 30 de enero de 1952, y mediante la escritura número 460 del 15 de julio de 1958. Por la primera aquélla vendió a la señora Lilia Idárraga de Cárdenas un lote segregado del que se le adjudicó en la sucesión del señor Echeverri, y por la segunda, como ya está dicho, le vendió, por conducto de apoderado, otra porción al señor Hernando Antonio Uribe. Ese lote que le quedó a la señora María del Rosario Idárraga fue avaluado por los peritos en la suma de $ 11.000.00";

Que "el actor no intentó siquiera demostrar, como era de rigor dadas las circunstancias que acaban de anotarse, que el contrato de compraventa a que se refiere su demanda de nulidad tuvo como objeto una porción de terreno puesta fuera del comercio mediante el decreto de embargo pronunciado en el juicio ejecutivo del doctor Pérez Cortés contra la señora Idárraga. Además, no hay pieza alguna del expediente de la cual pueda deducirse que lo vendido al señor Uribe estaba cobijado por dicho embargo, y bien puede ocurrir, por el contrario, que sea parte integrante de la parcela que de modo expreso fue excluída de esa medida precautelativa", y

Que "en tales condiciones, es ineludible la conclusión de que no se puede hacer la declaratoria de nulidad del contrato de compraventa a que se refiere la demanda, por no aparecer plenamente demostrado el hecho en que se hace consistir esa pretendida nulidad...".

III

El recurso extraordinario.

Invocando la causal primera de casación, el impugnante formula el cargo de "violación indirecta de los artículos 1521, numeral 3º, 1740 y 1741 del Código Civil, y del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, sustitutivo del 1742 de la obra citada", a consecuencia de tres errores de hecho que le imputa al sentenciador en la apreciación de determinadas pruebas, así:

Primer error. Lo hace consistir en que el Tribunal no vio ciertos párrafos del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Salamina, que corre a folios 1º y siguientes del cuaderno número 1º, a saber: el que expresa que el lote de terreno perteneciente a María del Rosario Idárraga de Echeverri soporta un embargo ordenado por el Juez Civil de este Circuito, registrado el 27 de junio de 1958, a folios 51 y siguientes del tomo 1º del Libro de Embargos, y que tal gravamen está vigente; y el que dice que, no obstante existir ese embargo, se registró, el día 15 de julio de 1958, la escritura número 460 de la fecha últimamente citada, de la Notaría de Salamina, por la cual Luis Eduardo Idárraga Marulanda, como apoderado de María del Rosario Idárraga de E., vendió a Hernando Antonio Uribe Castaño el lote de terreno denominado "La Esperanza", párrafo en que el Registrador advierte, refiriéndose al ejemplar que de la misma escritura número 460 se le presentó para su registro, que "el señor Notario hizo figurar en la carátula de ella el nombre del apoderado y no del vendedor, que era su deber; al hacer el chequeo para ver si era del caso su registro o no, no se tuvo en cuenta la dueña sino el otorgante vendedor conforme lo citaba la mencionada carátula, es decir, figuraba el nombre del señor Luis Eduardo Idárraga Marulanda, y este señor no tenía gravamen que impidiera el registro de tal instrumento".

De donde concluye el acusador que, por no haber visto estos párrafos del referido certificado, el que por otra parte expresa claramente ser ciertos los hechos de haber María del Rosario Idárraga de Echeverri adquirido en la sucesión de Juan de Dios Echeverri el predio situado en el paraje de "El Perro", en jurisdicción de Salamina, determinado en la respectiva hijuela, y de haber luego vendido ella una porción de éste a Libia Idárraga de Cárdenas mediante la escritura número 80 de 30 de enero de 1952, de la Notaría de aquel lugar, el Tribunal "incurrió en el error de hecho consistente en creer que el solar materia del contrato de compraventa, cuya nulidad pide la demanda, no estaba incluído en el fundo que fue materia del embargo", cuando para el Registrador era evidente que lo vendido a Uribe Castaño formaba parte de lo embargado, como lo reconoció en la explicación dada sobre el error cometido al inscribir ese título.

Y que esta certidumbre del Registrador, no solamente obedece a los motivos técnicos emanados de los libros de registro, sino también a la consideración elemental de que María del Rosario Idárraga había adquirido un predio por el modo de la sucesión por causa de muerte; después vendió a Libia Idárraga de Cárdenas una parte de él; con posterioridad a esta venta le fue embargado el dicho fundo; y luego vendió a Uribe Castaño otra porción.

Segundo error. Se dice originarse en no haber visto el juzgador, en el acta de la inspección ocular, visible a folios 5 vt. a 6 vt. del cuaderno número 5, la mención de los linderos correspondientes al predio embargado y de los del terreno excluído del embargo. Por todo lo cual, es decir, "por no haber visto los apartes del certificado del Registrador ya comentados, y los linderos incluyentes y excluyentes del oficio de embargo", incurrió en manifiesto error de hecho, así: "por una parte no vio demostrado por prueba idónea (el certificado del Registrador) que el predio materia de la venta a Hernando Antonio Uribe Castaño estaba comprendido dentro del fundo embargado, como lo hizo constar expresamente el Registrador", y por otra parte "tampoco vio que los linderos del predio excluído del embargo eran distintos del alindamiento correspondiente al solar vendido a Uribe Castaño". Y, siendo los linderos de este solar distintos de los de la porción excluída del embargo y de los determinantes del enajenado a Libia Idárraga de Cárdenas, a la vez que los linderos del total embargado coincidían con los de la adjudicación original hecha a María del Rosario Idárraga en la sucesión de Juan de Dios Echeverri, resulta que "de manera inevitable lo vendido a Uribe Castaño estaba comprendido dentro de lo embargado".

Tercer error. Se hace estribar en el hecho de "no haber visto a propósito de la identificación de lo embargado con respecto a lo vendido al demandado Uribe, que la vendedora María del Rosario Idárraga viuda de Echeverri *confesó,* por medio de apoderado, en la contestación de la demanda dicha identidad. El Tribunal en la sentencia apenas alude a esa respuesta (folio 11), pero no advierte que la contestación en el sentido de que son ciertos los hechos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º, constituyen una amplia confesión de que lo vendido a Uribe estaba comprendido dentro de lo embargado, por cuanto no formaba parte de lo excluído. Concretamente el hecho 5º de la demanda dice: 'este lote de terreno (se refiere al vendido a Uribe Castaño) hace parte del embargado...'. A este hecho contestó el doctor Hincapié Correa, véase folio 12 del cuaderno número 1: 'Es cierto' ".

Planteados así por el recurrente los tres yerros en que supone incurrió el Tribunal, concluye que, encontrándose establecido por las pruebas en referencia, que dentro de lo embargado en la ejecución seguida por Bernardo Pérez Cortés estaba comprendido lo que la Idárraga vendió luego a Uribe Castaño, el no haberlo contemplado así el juzgador, lo condujo a la violación de los preceptos de la ley sustancial citados en el encabezamiento del cargo.

La Corte considera:

No es exacto que el Tribunal no hubiera visto el certificado del Registrador tal como aparece en el proceso. Por el contrario, el razonamiento del sentenciador, para arribar a la conclusión que adoptó, parte de los siguientes hechos: que "del certificado de la Oficina de Registro de Salamina que se acompañó a la demanda, resulta evidente que en la fecha de la celebración de ese contrato (el de venta de la Idárraga a Uribe Castaño) estaba ya en pleno vigor el decreto de embargo pronunciado en dicho ejecutivo (el seguido por Bernardo Pérez Cortés contra la Idárraga)"; y que "en el certificado de registro a que se acaba de hacer alusión, aparece la constancia de que el inmueble a que se contrajo el decreto de embargo es el mismo que le fue adjudicado a la señora Idárrama en el juicio de sucesión del señor Juan de Dios Echeverri", cuyos linderos, tales como los narra allí la sentencia, son los mismos asignados en el certificado al lote de terreno que se adjudicó a la Idárraga en la mencionada sucesión.

Ocurre, empero, que la afirmación hecha por el Registrador, de que "el lote de terreno perteneciente a la señora María del Rosario Idárraga de Echeverri" soporta el embargo aludido, sin hacer referencia a exclusión alguna, no le resultó absolutamente puntual al sentenciador, pues encontró que el propio demandante en este juicio aclaró que del dicho predio estaba excluída en el decreto de embargo una porción singularizada por determinados linderos; y que, ciertamente, en la diligencia de inspección ocular practicada en la Oficina de Registro en la segunda instancia, se comprobó que esta porción por tales linderos circunscrita, había quedado exceptuada del embargo.

Si, pues, la inscripción misma del embargo, tal como aparece hecha en el Libro de Registro de Autos de Embargo de la Oficina de Registro de Salamina, con fecha 27 de junio de 1958, bajo

el número 46, muestra que de esa traba se excluyó por sus linderos particulares una porción del inmueble adjudicado a María del Rosario Idárraga en la mortuoria de Juan de Dios Echeverri, semejante circunstancia por sí sola obligaba al Tribunal a no aceptar el certificado del Registrador como prueba de que el embargo había recaído sobre la totalidad de aquel predio.

Si los certificados de los registradores son prueba de lo que en ellos se asevera, con vista de lo que rezan las inscripciones asentadas en los libros de su oficina (arts. 2640 C. C. y 632 C. J.), en los casos en que por el derecho se requiere o admite esta especie de prueba, ello es porque, siendo los Registradores funcionarios de fe pública y debiendo ser sus certificaciones fiel reflejo de lo que ostentan los libros de registro, se presume, de acuerdo con el sistema legal, la conformidad de aquéllas con éstos, pero sin que eso obste para que, si en determinado caso se demuestra formalmente que tal conformidad no existe, tenga que prevalecer la realidad que muestran las inscripciones mismas, sobre lo que afirme la certificación ambigua, equivocada o inexacta de un Registrador.

Ahora bien, partiendo del hecho cierto de que no todo el primitivo inmueble de María del Rosario Idárraga había sido objeto de embargo, el Tribunal se encontró ante el dilema de si lo vendido por ella a Uribe Castaño hacía parte de lo embargado o de lo excluído del embargo; y no hallando pieza alguna del expediente que estableciese lo primero, tuvo que contemplar la posibilidad de ocurrencia de lo segundo. En efecto, como se ve por las descripciones que al principio se hicieron de los alindamientos, unos son los linderos del predio adjudicado a María del Rosario Idárraga en la sucesión de Juan de Dios Echeverri, otros los de la porción del mismo inmueble excluída del embargo y otros los del terreno vendido a Uribe Castaño, como también son distintos de todos ellos los que en el punto 3º del aludido certificado del Registrador de Salamina se dan para el lote de terreno que María del Rosario Idárraga vendió a Libia Idárraga de Cárdenas mediante la escritura número 80 de 30 de enero de 1952, a saber: "De un mojón de piedra que se clavará en el camino que va para 'El Perro', siguiendo de para abajo, en línea recta, lindero con la propiedad de la vendedora hasta un árbol llamado sueldo; de aquí para abajo hasta salir al camino que va para la casa de la finca; camino abajo hasta la barranca de la casa, por el lado de encima de ésta; de aquí por travesía hasta lindar con predio de Jesús Moncada; siguiendo de para arriba, lindando con el mismo Moncada, hasta salir al camino de la travesía, al mojón punto de partida".

No es, pues, que el sentenciador hubiera dejado de ver en su integridad los medios probatorios, cuya desestimación u olvido le imputa la censura, a manera de primero y segundo errores de hecho; sino que de esos medios, tales como corren en el proceso, no aparece ciertamente establecido que la finca vendida por María del Rosario Idárraga a Hernando Uribe Castaño, mediante la escritura número 460 de 15 de julio de 1958, esté comprendida dentro de lo embargado a la vendedora en el juicio ejecutivo que le instauró Bernardo Pérez Cortés, demostración que se hacía indispensable desde el momento mismo en que del embargo se excluyó una porción de terreno dentro de la cual, según el juzgador, podría estar incluída la finca enajenada a Uribe Castaño.

Ni tampoco es valedero el argumento presentado como tercer error de hecho, o sea el relativo a que el Tribunal no vió la confesión otorgada, mediante apoderado, por María del Rosario Idárraga en la contestación de la demanda, al aceptar allí el hecho 5º, en que se afirma que el lote de terreno vendido a Uribe Castaño "hace parte del embargado".

Porque el Tribunal no ignoró esa contestación, como claramente resulta de la reseña que hace del litigio en la primera parte de su sentencia, en donde, luego de referir los hechos fundamentales de la acción, entre éstos el 5º de que se trata, advierte que el apoderado de la señora Idárraga contestó "diciendo que no le consta el hecho primero y que son ciertos los restantes hasta el séptimo, inclusive, ya que el octavo se refiere a una cuestión jurídica", y

Porque aunque así no se hubiera manifestado el Tribunal, como no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o estimación que a la misma ha debido darse, en el caso *sub judice* no podría argüírsele de desconocimiento de esa confesión de la Idárraga, dado que, no siendo ésta la única demandada, sino también Hernando Antonio Uribe Castaño, es claro que lo confesado por aquélla, quien se colocó en posición contraria a éste, no podría dañar al último, que se opuso a la acción, ya que es bien sabido que la confesión sólo tiene valor probatorio contra la persona que la hace (ar. 604 C. J.), por todo lo cual no podía el juzgador tomar contra el demandado Uribe Castaño la alegada confesión de la Idárraga.

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 veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

OBLIGACION DE HACER.—PURGA DE LA MORA POR PRORROGA DEL PLAZO

Respecto de unas mismas pruebas no puede alegarse, a la vez, error de hecho y de derecho.

1. A tenor del artículo 1610 del Código Civil (que es en el que se funda el fallo recurrido y no en el 1708 ib., ya que al citarlo declara, precisamente, que es inaplicable), "si la obligación es de hacer —como ocurre en el caso presente— y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora", una de las tres cosas que enumera el mismo precepto, entre las cuales figura la indemnización de perjuicios por la infracción del contrato. La sentencia considera que la prórroga del plazo, conforme a dicho texto, purgó la mora en que el demandado incurriera, y quedó extinguida al respecto "la facultad que consagra el artículo 1610 del Código Civil, en forma optativa, para incoar la indemnización de perjuicios".

2. Implica un defecto de técnica la formulación de un cargo por error de hecho y de derecho a la vez, respecto a unas mismas pruebas. Y en cuanto a la última especie de error, es deber del recurrente en casación mencionar el precepto legal de orden probatorio infringido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintidós de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Rafael Molano Olarte contra "Almacenes Sears Roebuck de Colombia".

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 21 de febrero de 1962.

Recurrente: el actor.

I

Antecedentes.

1. Tanto la sentencia de primera instancia —del Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá— como la de segundo grado —proferida el 21 de febrero de 1962 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre— denegaron la demanda incoada por Rafael Molano Olarte contra "Almacenes Sears Roebuck de Colombia".

Motivó la litis el hecho de no haber cumplido la parte demandada, a juicio del actor, la obligación contraída por aquélla de entregar el 31 de agosto de 1955, debidamente pintada la casa número 68-48, carrera 28 de Bogotá, tal como reza el documento privado suscrito por las partes el 18 de julio del mismo año.

Pide el demandante que se condene a los Almacenes a pagarle los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, estimados por él en estas sumas: $ 30.000.00 causados por la merma sufrida en la producción de una fábrica de bizcochería; $ 5.000.00 por arriendos dejados de percibir de un local situado en la misma casa, y $ 15.000.00 "por perjuicios morales causados por la incomodidad sufrida por el señor Molano Olarte y su familia, quienes tuvieron que permanecer varios meses en contacto continuo con los obreros, reducidos a vivir en una sola pieza, en promiscuidad con el servicio y a atender las enfermedades que de tal situación se derivaron en los niños, siendo preciso acudir a servicios médicos".

2. La empresa demandada convino en el hecho de la celebración del contrato; pero, alegó, por una parte, "culpa del actor en cuanto a la ejecución de sus obligaciones", y por otra, prórroga del término acordado para la entrega de la obra.

La misma parte actora pide a la Corte sea infirmada la sentencia de segunda instancia. A la demanda que al efecto presentó dio respuesta el opositor.

II

La sentencia acusada.

3. Según el fallo recurrido, en el documento que contiene el informe sobre el reconocimiento de la obra contratada, verificado el 3 de diciembre de 1955, convino el actor en que la obra le fuese entregada el 15 de los mismos mes y año; tal declaración hace fe contra la parte demandante, en su integridad, por haber sido aducida por ella, no obstante carecer de su firma, de acuerdo con la disposición del artículo 1763 del Código Civil; y además, no hubo novación de la obligación, por falta de *animus novandi,* ni fue invocado en la litis tal modo de extinguir las obligaciones, y se trata, además, de la mera ampliación de plazo.

De lo cual concluye que, en tales circunstancias, "la exigibilidad de la obligación sometida (al nuevo plazo convencional), y la mora que fundamentaría la indemnización de perjuicios por su incumplimiento, tienen naturalmente como base el segundo de los plazos, y no el primero, el cual perdió, por virtud de éste (sic) toda eficacia contractual", de suerte que el actor debió comprobar la inejecución de las prestaciones a cargo de la casa demandada, en relación con la prórroga del referido término.

En cuanto a probanzas, la sentencia desecha la de testigos, por basarse algunos de éstos en referencias, o no constarle a uno de ellos nada concerniente al contrato, o hacer relación otro al primitivo plazo.

Niega valor a la inspección ocular efectuada el 26 de octubre de 1956, por tratarse de prueba inadecuada a los hechos controvertidos, pues, por referirse a hechos pretéritos, ninguna luz arroja acerca de si el 15 de diciembre de 1955 —vencimiento de la prórroga— había la casa contratista cumplido o no sus compromisos; porque las "deficiencias de acabado" del trabajo podían provenir, según la inspección, "o de la calidad, o del hecho de hallarse habitada la casa desde algún tiempo"; y, en fin, por no presentar el dictamen pericial complementario de la inspección, la uniformidad requerida.

En cuanto a los perjuicios por los cuales se demanda, advierte la sentencia que en el proceso no hay prueba de ello.

III

La acusación del fallo.

Componen la impugnación dos cargos basados en la causal primera de casación, a saber:

Primer cargo.

4. Se formula por aplicación indebida del artículo 1708 del Código Civil, en cuanto por no haber sido novada la prestación a cargo de la empresa, no tenía por qué desaparecer la obligación de pagar los perjuicios hasta entonces causados al actor por incumplimiento de su compromiso. Se desarrolla así:

"Si la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, y si este medio extintivo de la obligación no puede darse por sucedido en forma alguna, mal puede pregonarse que la aceptación de la entrega de la obra para el 15 de diciembre de 1955 pudiera constituír condonación del incumplimiento anterior y de los perjuicios o responsabilidad que tal incumplimiento haya acarreado".

Se considera:

5. El fallo no se funda en el artículo 1708 del Código Civil, ya que al citarlo declara, precisamente, que es inaplicable, sino en el artículo 1610 ib., según el cual "si la obligación es de hacer —como ocurre en el caso presente— y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora", una de las tres cosas que enumera el mismo precepto, entre las cuales figura la indemnización de perjuicios por la infracción del contrato. La sentencia considera que la prórroga del plazo, conforme a dicho texto, purgó la mora en que la casa contratista incurriera, y quedó extinguida al respecto "la facultad que consagra el artículo 1610 del Código Civil, en forma optativa, para incoar la indemnización de perjuicios".

Por lo mismo, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

6. Se impugna la decisión por "error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y en la aplicación de las normas pertinentes".

En el desarrollo del cargo se afirma que el sentenciador incurrió en error de hecho en lo que respecta a la prueba de inspección ocular del 26 de octubre de 1956 y del dictamen pericial correspondiente, pruebas de las cuales resulta que la casa contratista no había cumplido totalmente sus obligaciones.

Se agrega que el Tribunal "olvidó mirar" las pruebas de la parte demandada, de las cuales se concluye que "la obra no fue terminada a satisfacción, y fue entregada el día 24 de diciembre de 1955 y no el día 15 de diciembre".

Y termina afirmando que dicho error de hecho "condujo necesariamente a la aplicación errónea del artículo 1613 del Código Civil, puesto que aparece que el contrato no se cumplió en oportunidad ni en la forma como se pactó".

Se considera:

7. Aparte el defecto de técnica que implica el cargo por error de hecho y de derecho a la vez, en lo que respecta a unas mismas pruebas, y que en cuanto a la última especie de error, la acusación se abstiene de mencionar el precepto legal de orden probatorio infringido, el juicio del sentenciador, según el cual no procede el resarcimiento demandado, como secuela del acuerdo ulterior de las partes, subsiste, ya que el primer cargo formulado dejó en pie dicha conclusión. En estas circunstancias, la impugnación del fallo, fundada en la existencia de los daños y perjuicios causados por la mora, carece de razón de ser.

De lo cual se concluye que no hay lugar a infirmar el fallo.

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 veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Rafael Molano Olarte contra "Almacenes Sears Roebuck de Colombia S. A.".

Costas en la casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

VENTAS DE PADRES A HIJOS

Límite en casación de la autonomía de los juzgadores en la apreciación probatoria. — En la simulación de actos que menoscaban su parte hereditaria el heredero tiene libertad probatoria para acreditar la causa petendi de la acción de prevalencia.

1. Los poderes discrecionales del sentenciador dentro del ámbito de las probanzas no encuentra límite en casación, si no es en los supuestos generales de error de derecho o manifiesto de hecho. Bien porque el Tribunal desconociera la índole del medio, según la organización legal de las pruebas, o porque, sin rozar esa materia, no atinara a ver lo que objetivamente y sin esfuerzo no escapa a la percepción del buen sentido. En lo demás cualquier ensayo crítico de las probanzas, diferentes en sus conclusiones de las que penetraron en la conciencia del juzgador para formar su convicción, como cosa de recibo en la instancia, no alcanza, sin embargo, a integrar censura valedera en el recurso extraordinario.

2. Si con base cierta en las normas sustanciales que aseguran la firmeza de los negocios jurídicos, el sentenciador parte del principio de que la existencia de la causa se presume por ley como elemento esencial del contrato, desde luego que no es necesario expresarla (1524 del Código Civil), mal habría podido entender roto o siquiera lesionado aquel sistema básico en que reposa la confianza pública y la tranquilidad general, por el hecho de existir normas simplemente instrumentales en la recaudación de impuestos sucesorios o sobre liberalidades, como es con claridad el artículo 66 de la Ley 63 de 1936, que en forma expresa y terminante limita su alcance a los efectos de esa misma ley tributaria.

Y porque la autonomía de la voluntad en materia de compraventa entre parientes sólo está limitada por la prohibición de efectuarla el padre y el hijo de familia (1852, C. C.), la circunstancia de que el contrato se ejecute en campo ya de plena capacidad jurídica entre el hijo y su legítimo progenitor, nada arguye en sí misma contra la seriedad, eficacia y móviles de la negociación, que se presumen plausibles en general.

3. El heredero que defiende su legítima procede iure proprio y tiene así libertad probatoria sobre el hecho de la simulación de actos que menoscaben la parte hereditaria a que está llamado por ley. Pero no por ello está exento de la necesidad de aportar medios que acrediten plenamente la causa petendi de la acción de prevalencia, lo que no se cumple con argumentos conjeturales, aptos acaso para suscitar dudas, pero no para destruir la convicción contraria de quien, como el sentenciador, tiene la ponderosa responsabilidad de administrar justicia, y nunca la representación del interés exclusivo de una de las partes enfrentadas en el litigio, que es tarea obvia del recurrente en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintidós (22) de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Ismaelina del Carmen Rodríguez de Porras, en su propio nombre y también como heredera de Agapito León Carreño, por derecho de representación de su madre Teresa León de Rodríguez, entabló demanda contra María del Carmen León de Sánchez y Graciliana León de Rodríguez, con estas súplicas:

"1ª Que se declare nulo o sin validez alguna el contrato de aparente compraventa celebrado entre el señor Agapito León Carreño, como vendedor, y las señoras María del Carmen León de Sánchez y Graciliana León de Rodríguez, como compradoras, por la escritura número 85 de 12

de abril de 1953, otorgada en la Notaría de Villeta, con registro en el Circuito de Bogotá con fecha 23 de abril de 1953, a la partida número 6545 del libro número primero, por las razones y hechos que se relacionarán en la parte expositiva de esta demanda;

"2ª Que como consecuencia de esta declaración se ordene a los funcionarios respectivos la cancelación de la escritura que contiene el contrato en referencia y de sus correspondientes inscripciones en el registro;

"3ª Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores se condene a las demandadas a restituír, al día siguiente de quedar ejecutoriado el fallo correspondiente, a la sucesión del señor Agapito León Carreño, debidamente representada por sus herederos, los bienes que como objeto de la aparente venta se relacionaron en la citada escritura número 85 de 12 de abril de 1953, de la Notaría de Villeta, juntos con sus frutos naturales y civiles que hubieran podido producir con la administración de un buen padre de familia".

"4ª Para el caso de que no prosperen las anteriores peticiones, en subsidio pido que se declare la rescisión del mismo contrato de compraventa por lesión enorme, ordenándose como consecuencia la cancelación de la ya tántas veces citada escritura número 85 de 12 de abril de 1953, de la Notaría de Villeta, como de sus correspondientes anotaciones de registro, y que las demandadas restituyan a la sucesión de Agapito León Carreño, debidamente representada por sus herederos, los bienes que se relacionan en tal título o documento público como objeto contractual, junto con los frutos naturales y civiles desde la fecha de la demanda;

"5ª Que como consecuencia de que prosperen ya las peticiones principales o las subsidiarias se declare también sin valor ni efecto alguno el juicio divisorio, la partición que se ha decretado y el trabajo de partición material que por dicho juicio se ejecute con base en el título número 85 de fecha 12 de abril de 1953, de la Notaría de Villeta, el cual fue seguido por María del Carmen León de Sánchez contra Graciliana León de Rodríguez e Ismaelina del Carmen Rodríguez de Porras, ante el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, ordenándose la cancelación de su registro en caso de que se alcanzare a realizar.

"6ª Que se condena a las demandadas al pago de las costas judiciales si hicieren oposición, porque sería temerario su obrar".

La cuestión de hecho fue vinculada a que al morir Ascensión Mancera de León se disolvió la sociedad conyugal con Agapito León Carreño; a que en el respectivo sucesorio se le adjudicaron al cónyuge supérstite: un derecho de $ 3.799.00 sobre avalúo de $ 4.500.00 dado a la finca de "La Floresta", en el Municipio de Guasca, determinada por linderos, así como en la suma de $ 71.00, "unos derechos proindiviso muy pequeños" en la comunidad de "La Concepción" y "Piedra de Cal", en el mismo Municipio de Guasca; a que a la heredera Ismaelina del Carmen Rodríguez se le adjudicó en tal sucesión un derecho de $ 348.00 sobre la misma finca de "La Floresta", a la heredera Graciliana León de Rodríguez por valor de $ 65.00, y a la heredera María del Carmen León de Sánchez por valor de $ 288.00, con lo que se integran los $ 4.500.00 del avalúo recibido por "La Floresta"; a que, sin embargo, de no tener Agapito León el dominio pleno sobre la misma finca, "procedió a venderla en forma aparente y como cuerpo cierto a sus dos hijas legítimas, María Graciliana León de Rodríguez y María del Carmen León de Sánchez, junto con los derechos dentro de la comunidad de 'La Concepción' y 'Piedra de Cal' ", por la susodicha escritura número 85 de 12 de abril de 1953, Notaría de Villeta, "habiéndole señalado precio aparente de $ 14.900.00 para la finca y de $ 100.00 para los derechos"; a que ese precio de $ 15.000.00 para toda la operación "es simplemente aparente y no real", porque no hubo en las partes el ánimo de comprar y vender; y a que esa donación disimulada carece de validez por falta de insinuación judicial.

De donde desprende el libelo que hay presunción legal de donación por tratarse de negocio entre Agapito León y sus hijas legítimas, María del Carmen y Craciliana, de modo que al Notario "le era prohibido extender tal escritura mientras no se le presentara el comprobante de haberse pagado el impuesto de donaciones", y, sin embargo, "lo hizo desobedeciendo el artículo 65 de la Ley 63 de 1936"; que "no teniendo validez legal la referida escritura, es nula en sus efectos y, por tanto, los bienes que figuran en ella como objeto del aparente contrato de compraventa no salieron del patrimonio jurídico del vendedor Agapito León Carreño; y que como Ismaelina del Carmen Rodríguez fue recibida como heredera de Agapito León Carreño, fallecido el 25 de abril de 1956, por derecho de representación de su madre Teresa León de Rodríguez, está legitimada para promover el presente juicio.

A efectos de la súplica subsidiaria por lesión de ultramitad, afirma la demanda que la finca de "La Floresta" "valía y vale comercialmente

más de $ 40.000.00 moneda corriente''. Y por último repite la necesidad de insinuación para una liberalidad mayor de $ 2.000.00, de quien, además, tenía herederos forzosos, ''como lo son mi mandante y las mismas demandadas'', dice el libelo.

Terminó el primer grado procesal con sentencia del 7 de septiembre de 1959, en que el Juez 1º Civil del Circuito de Bogotá hizo este pronunciamiento:

''Declárase probada la excepción de prescripción de las acciones formuladas por los señores apoderados de las demandadas, y, en consecuencia, deniéganse las peticiones de la demanda con que se inició este juicio.

''Condénase a la parte actora en las costas procesales. Tásense''.

El segundo grado, abierto por apelación de la demandante, fue resuelto el 7 de julio de 1962, así:

''1º Niéganse las peticiones de la demanda con que se inició este juicio, y, en consecuencia, absuélvese a los demandados de los cargos en ella formulados;

''2º Decrétase la cancelación de la inscripción de la demanda. Para tal efecto líbrese oportunamente la correspondiente comunicación, y

''3º Condénase a la parte demandante en las costas del juicio en ambas instancias. Tásense''.

Con exclusión expresa del ordinal segundo del fallo, la parte vencida introdujo el recurso de casación que, sustantado y replicado en oportunidad, pasa a estudio.

La sentencia acusada.

El Tribunal Superior de Bogotá interpretó la demanda en el sentido de que la acción principal se encamina a obtener que se declare simulado el contrato de compraventa y nula la donación así encubierta, y después de encontrar que para la actora no hay restricción probatoria porque no se presenta a ejercer derecho del causante sino el que por ley tiene de no sufrir mengua en su legítima, expresa:

''¿Qué elementos de convicción obran en autos para establecer que la compraventa de que da cuenta la escritura 85 de fecha 12 de abril de 1953 oculta o encubre una donación que les hizo el causante dicho a las demandadas?

''Unicamente la presunción que consagra el artículo 66 de la Ley 63 de 1936, en su numeral 1º, y los indicios que puedan resultar de la prueba testimonial que aportó la demandante durante el término probatorio del juicio.

''Según la conclusión a que se llegó al examinar la copia del sucesorio que se acompañó con el libelo, las demandadas tienen la calidad de hijas legítimas de ese causante, motivo por el cual intenta deducir el apoderado de la demandante que de la venta que aquél hizo mediante la escritura número 85 se debe presumir una donación entre vivos.

''Si es cierto que la disposición atrás mencionada presume que son donaciones las ventas que se hagan entre los padres e hijos, esa presunción sólo cuenta para los efectos fiscales, ya que el precepto estatuye: 'Para los efectos de esta ley...', con lo cual se está refiriendo de manera exclusiva a los impuestos que gravan la transmisión de los bienes a título gratuito por acto entre vivos o *mortis causa,* que son los que reglamenta la Ley 63 de 1936, mas no a la firmeza de los actos jurídicos, pues esto es completamente extraño a ese estatuto legal''.

En respaldo trae doctrina de la Corte, que el Profesor Antonio Rocha cita en su obra *De la Prueba en Derecho,* y continúa el sentenciador:

''Y por lo que respecta a los testimonios aportados por la demandante (fs. 26 a 30, C. 2), se observa:

''Con fundamento en ellos sólo se puede estructurar una prueba indicial, muy pobre por cierto, encaminada a dar cuenta de qué posiblemente la enajenación que hizo del inmueble 'La Floresta' Agapito León a las demandadas hubiera sido a título gratuito y no oneroso o lucrativo (sic), es decir, que la venta perfeccionada mediante la escritura número 85 puede encubrir o disfrazar una donación que el primero hizo a las segundas de tal inmueble, pues, a los testigos nada les consta, de manera directa, sobre los pormenores del contrato concluído mediante el instrumento público dicho, y, por ello, se limitan a lanzar expresiones, conjeturas (sic) sobre el título encaminado a transferir el dominio del inmueble en cita.

''Expresan los testigos Jacinto Botiva, Daniel Riaño, Bernardo Ramos, José de Jesús Alfonso y Lino Mila, en idénticos términos, que conocieron al tradente de las demandadas, quien 'tenía bienes de fortuna propios, y de cuyos productos vivía'; que llevaba una vida humilde y económica, por lo cual sus gastos eran 'insignificantes', y que, por ello, nunca tuvo necesidad de vender sus bienes 'para poder subsistir'. Agregan los deponentes, que don Agapito León después de la venta del inmueble continuó llevando

el mismo sistema de vida que observaba antes de la negociación.

"Con las exposiciones de los testigos dichos únicamente puede establecerse que el motivo determinante que indujo a don Agapito León a vender el inmueble 'La Floresta' no fue el de atender a las necesidades físicas de su existencia.

"Empero, cómo los motivos que pueden inducir a una persona a vender un bien son muy variados, y por la circunstancia de que una venta obedezca a uno u otro no puede negarse la existencia del contrato, del hecho de que Agapito León no haya necesitado el dinero acordado como precio para subsistir, o para mejorar su sistema de vida, no puede concluírse, sin lugar a duda, que en el contrato contenido en la escritura número 85, no hubo precio, y que el tradente, por tanto, al otorgar el instrumento lo hizo con el ánimo de donar a las demandadas el inmueble 'La Floresta', pues si el vendedor no estaba necesitado de dinero, si esto no fue el motivo determinante del contrato, bien lo pudo ser la imposibilidad en que se encontraba para atender, debido a su avanzada edad, la explotación de dicho inmueble, o su administración, o la perspectiva de otro negocio, etc.

"Por manera que del hecho de que el tradente no haya necesitado del precio pactado para atender a sus necesidades económicas, no puede inferirse, en forma inequívoca, que la enajenación de la referida finca lo haya sido a título gratuito y no oneroso. Y si ello es así, el indicio en referencia no reúne las condiciones de gravedad y precisión que reclama el artículo 665 del Código Judicial, para ser tenido como plena prueba de la simulación que se pone de presente en la demanda con que se inició el juicio".

En adición encuentra el Tribunal que "los testigos en sus exposiciones no hacen otra cosa que repetir literalmente el interrogatorio", o sea que "apenas si constituyen respuestas afirmativas a las preguntas formuladas", contra lo preceptuado por el artículo 668 del Código Judicial. Y por último, que los declarantes tampoco "explican suficientemente la razón de su dicho".

Cuanto a la súplica subsidiaria, por lesión enorme, expresa el sentenciador:

"Como única prueba encaminada a demostrar que el precio que recibió el vendedor era inferior a la mitad del justo valor del inmueble objeto del contrato, obra en autos la pericial practicada durante el término probatorio de este juicio...".

Y después de ver que uno de los peritos principales, al cual adhirió el tercero, hizo el avalúo en $ 43.440.00 para la época del contrato, en tanto que el otro perito principal dio la cifra de $ 27.986.00; y de aludir al artículo 721 del Código Judicial, sobre que cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundado de dos peritos hace plena prueba, continúa el Tribunal así:

"Veamos si el experticio de los señores Peña y Argüelles reúne las condiciones de explicación y fundamentación que exige el artículo 721 del Código Judicial para poder atribuírle el valor probatorio que determina dicha disposición al dictamen uniforme de dos peritos.

"Expone el perito Peña, al cual adhirió el señor Argüelles, que como el inmueble en referencia valía por la época en que se rindió el experticio la suma de $ 54.400.00, y que como la finca raíz en la región donde se encuentra ubicado el inmueble materia de la pericia, se ha valorizado en un 20 por 100 desde la fecha en que se otorgó la escritura número 85, varias veces citada, a la en que se rindió el dictamen, consecuencialmente el valor del predio 'La Floresta' por la época en que se firmó la escritura dicha era el de $ 43.400.00.

"Pero es de anotar que en el expediente no se encuentra establecido el posible índice de valorización de la tierra donde se halla ubicado el referido inmueble, y de ahí surge el primer defecto del dictamen de los peritos Peña y Argüelles. Aun en el supuesto de que por el año de 1957 el inmueble 'La Floresta' valiera en realidad la suma de $ 54.400.00, de ello no se podría deducir, en forma inequívoca, que dicho bien valía en la fecha en que fue enajenado por Agapito León a las demandadas (12 de abril de 1953) la suma de $ 43.440.00, con la sola afirmación, sin respaldo probatorio alguno, de que la finca raíz se ha valorizado en un 20 por 100, ya que la determinación de ese posible índice de valorización, por no estar acreditado, resulta totalmente arbitraria, pues así como los peritos la fijaron en un 20 por 100, la han podido estimar en un 30 o un 40 por 100, sin que nada se les pudiera contradecir por no estar demostrado en el proceso si la finca raíz en la región de la ubicación del inmueble en cita se ha valorizado o no, ni mucho menos el índice de valorización que la tierra ha tenido en esos lugares, ni las causas de esa valorización, las cuales también se omiten en los experticios dichos, restándoles así a la prueba los elementos esenciales que demanda el artículo 721 del Código Judicial, para poder darle el valor de plena, o sea los de explicación y debida fundamentación.

"En síntesis: si los peritos no señalan los motivos o causas de la valorización del inmueble, su experticio no se encuentra 'explicado y debidamente fundamentado', razón por la cual, y según las voces del artículo 721 del Código Judicial, al dictamen de los señores Peña y Argüelles no se le puede atribuír el valor de plena prueba, y como en autos no se encuentra ningún otro elemento capaz de acreditar plenamente la lesión enorme que alega la demandante sufrió su causante en la venta que hizo a las demandadas, consecuencialmente se deben negar también las súplicas subsidiarias del libelo".

La acusación.

Dos reparos por la causal 1ª contiene el libelo de casación:

I. Tacha de error al Tribunal porque en tratándose de compraventa entre el padre y dos de sus hijas legítimas, el hecho en sí mismo tiene significado jurídico en orden a la simulación, y "no solamente para burlar los intereses del fisco sino también para burlar los derechos de los demás hijos legítimos".

"El honorable Tribunal —dice el recurrente— bien podía estimar en uno u otro sentido la prueba derivada del hecho de tratarse de un contrato entre el padre y dos de sus hijos; pero lo que no podía era rechazarla diciendo que no era pertinente en orden a la simulación, pues no le era posible rechazar la prueba respectiva, porque de hecho son las únicas generalmente posibles para indicar o sugerir la simulación; lo contrario sería conservar la impunidad frente a semejantes defraudaciones, no solamente para el fisco, sino para los demás legitimarios".

Expone el libelo que quien simula procura no dejar rastro que lo denuncie, "extrema la apariencia engañosa, elude la prueba que lo descubra y lo rodea con todas las precauciones que su cautela y cálculo le sugieran". Y agrega:

"Entonces el sentenciador no puede dejar de apreciar la prueba que le permite sospechar la posibilidad de simulación, y con base en que la presunción establecida es para efectos fiscales, porque no es posible dejar de tener en cuenta el hecho de que se trata de una venta entre un padre y dos de sus hijas, o sea las relaciones entre las partes contratantes, como que el parentesco mencionado es conjetura grave y debe considerarse por lo menos como un indicio, que si no constituye por sí solo prueba de la simulación, sí es elemento de juicio que no puede dejar de tenerse en cuenta, y constituye una falta del fallador, en cuanto faltó al deber de apreciarla legalmente. En este sentido puede decirse que se violó el artículo 66 de la Ley 63 de 1936, porque so pretexto de que era una presunción para efectos fiscales, dejó de tener en cuenta el hecho también como presunción en el caso del pleito como prueba de la simulación".

Hace consideraciones corroborantes, y desprende el recurrente que el Tribunal "violó los artículos 593, 597, 632, 637, 665, 630, 660, 661 del Código Judicial, y los artículos 346, 347, 349 del Código Civil, artículo 22 de la Ley 57 de 1887, artículo 18, Ley 92 de 1938, al dejar de apreciar las pruebas mencionadas sobre la relación de parentesco entre los otorgantes del instrumento público número 85..., y también los artículos 1758 y 1759 del Código Civil. Y por no haber apreciado y valorado dichas pruebas de acuerdo con las disposiciones mencionadas, y especialmente los artículos 630 y 632 del Código Judicial, el Tribunal violó las siguientes disposiciones del Código Civil, que le reconocían el derecho invocado en la demanda: artículos 1766, 1502, 1740, 1741, 1746, 1747 del Código Civil, y artículo 2º de la Ley 50 de 1936".

En seguida alude a las declaraciones recibidas en el proceso, y estima el recurrente que la falta de necesidad de efectuar la venta y la circunstancia de que Agapito León continuara en el inmueble indican la simulación. Al respecto expresa:

"La enajenación de bienes sin razón que lo justifique debe considerarse como presunción de que el acto por el que se lleva a cabo no es sincero, y más tratándose de aquellos bienes que cualquier persona tendría interés en conservar desde el momento en que le proporcionaban los recursos suficientes para subsistir. De suerte que unidos los hechos de la naturaleza, cuantía de los bienes transferidos, edad, el ningún motivo para dicha clase de transferencias, y finalmente la falta de ejecución del contrato, ellos en conjunto sí sirven para demostrar la simulación en un caso determinado como el que refieren los autos".

Y sobre el mérito de la prueba, concluye así:

"... los testigos si declaran sobre hechos determinados, en manera alguna hacen conjeturas, y en cuanto a que declararon al tenor del interrogatorio, esto tampoco es motivo para desestimar los testimonios, porque los testigos lo que hacen es deponer sobre lo que se les pregunta. El sentenciador viola los artículos 668 y 669 del Código Judicial, porque no existe ninguna inhabilidad para declarar, y solamente corresponde apreciar en relación con dicha prueba testimonial si los testigos están acordes o no en el

hecho y circunstancias esenciales, y si dan razón satisfactoria de sus dichos para poder ser tenida en cuenta la prueba testimonial, mas no desestimar la prueba por inhabilidades no establecidas en el procedimiento".

II. Sobre el dictamen pericial alega el recurrente:

"El honorable Tribunal era libre de darle el valor correspondiente a la prueba pericial porque encontrara aplicando las reglas de sana crítica, que el experticio contenía errores de juicio o no estaba de acuerdo con las demás pruebas del expediente; pero no puede enervar o reducir el valor de dicha prueba so pretexto de que el dictamen respectivo, que es también una apreciación emanada de los conocimientos científicos o prácticos de quienes rindieron el respectivo dictamen, carece de prueba en el sentido de veracidad indiscutible lo afirmado allí conceptualmente".

Y más adelante:

"... no se explica cómo el sentenciador le exige a la prueba de peritos, que sus apreciaciones emanadas de sus propios y personales conocimientos, deben previamente aparecer probadas, o sea que el perito junto con el dictamen debe allegar la prueba de cada una de sus afirmaciones. La ley solamente dice que los peritos deben indicar las conclusiones a las que han llegado, fundándolas, pues como ya se ha dicho, el objeto de la pericia es ilustrar al Juez en las cuestiones de carácter técnico del caso. Mas cuando le ordena a los peritos fundar su dictamen, no dice la ley que debe probar sus afirmaciones".

En este orden de ideas sostiene en síntesis el libelo que la valorización en un 20 por 100 es un concepto de los peritos como habitantes de la región en que el predio de autos está situado; y que de acuerdo con las reglas de sana crítica no podía el Tribunal desestimar la prueba "porque los peritos no han acreditado que el índice de valorización de la propiedad raíz es exactamente o corresponde a la estimativa misma que han hecho los peritos". Y añade:

"Cuando la ley dice que el Tribunal puede apreciar libremente las opiniones de los peritos, no entiende que puede negar también los fundamentos a un experticio, porque el perito no ha llevado a los autos la prueba de cada uno de los hechos en que ha fundado el experticio correspondiente, pues esto sería absurdo".

De todo lo cual desprende violación de los artículos 721, 630, 632, 593, 597, 705, 716 del Código Judicial, y por consecuencia de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil.

Se considera:

1. Los poderes discrecionales del sentenciador dentro del ámbito de las probanzas no encuentra límite en casación, si no es en los supuestos generales de error de derecho o manifiesto de hecho. Bien porque el Tribunal desconociera la índole del medio según la organización legal de las pruebas, o porque, sin rozar esa materia, no atinara a ver lo que objetivamente y sin esfuerzo no escapa a la percepción del buen sentido. En lo demás, cualquier ensayo crítico de las probanzas, diferente en sus conclusiones de las que penetraron en la conciencia del juzgador para formar su convicción, como cosa de recibo en la instancia, no alcanza, sin embargo, a integrar censura valedera en el recurso extraordinario.

2. Si con base cierta en las normas sustanciales que aseguran la firmeza de los negocios jurídicos, el sentenciador parte del principio de que la existencia de la causa se presume por ley como elemento esencial del contrato, desde luego que no es necesario expresarla (1524 del Código Civil), mal habría podido entender roto o siquiera lesionado aquel sistema básico en que reposa la confianza pública y la tranquilidad general, por el hecho de existir normas simplemente instrumentales en la recaudación de impuestos sucesorios o sobre liberalidades, como es con claridad el artículo 66 de la Ley 63 de 1936, que en forma expresa y terminante limita su alcance a los efectos de esa misma ley tributaria.

Y porque la autonomía de la voluntad en materia de compraventa entre parientes sólo está limitada por la prohibición de efectuarla el padre y el hijo de familia (1852 C. C.), la circunstancia de que el contrato se ejecute en campo ya de plena capacidad jurídica entre el hijo y su legítimo progenitor, nada arguye en sí misma contra la seriedad, eficacia y móviles de la negociación, que se presumen plausibles en general.

3: El heredero que defiende su legítima procede *iure proprio,* y tiene así libertad probatoria sobre el hecho de la simulación de actos que menoscaben la parte hereditaria a que está llamado por ley. Pero no por ello está exento de la necesidad de aportar medios que acrediten plenamente la *causa petendi* de la acción de prevalencia, lo que no se cumple con argumentos conjeturales, aptos acaso para suscitar dudas, pero no para destruír la convicción contraria de quien, como el sentenciador, tiene la ponderosa responsabilidad de administrar justicia, y nunca la representación del interés exclusivo de una de las partes enfrentadas en el litigio, que es

tarea obvia del recurrente en casación. Por lo que el cargo, cuanto a los indicios de simulación que el libelo alega, carece de relieve en el recurso extraordinario.

4. Pues ha expuesto la Corte en sentencia de casación del 20 de marzo de 1959 (XC, 2207 a 2209, 105):

"Salvo cuando es manifiesta la correspondencia necesaria entre el hecho índice y el indicado en cumplimiento de leyes elementales de la naturaleza, el mérito del indicio no es absoluto sino apenas probable, y se pondera no objetiva sino subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, quien por inferencias graves, precisas y conexas entre sí, puede llegar a la convicción íntima y firme de que el hecho litigioso se encuentra probado plenamente.

"Por modo que si dentro del recinto de la certeza moral y la convicción íntima no cabe establecer en el recurso extraordinario ningún género de jerarquía, y puesto que presuntivamente el fallo de instancia se entiende ajustado a la tarifa en la valoración de las probanzas, ha de seguirse en casación que los poderes discrecionales del sentenciador al apreciar la prueba por indicios están llamados a prevalecer, a menos que se demuestre error de derecho o yerro evidente de hecho, lo que es de todo punto excepcional.

"No ocurre a menudo que escape a los ojos del juzgador el medio que evidencia en el proceso cómo determinado hecho se cumplió o no tuvo existencia, para que según esto se dé o no por probado el índice, con palmario error de hecho. O bien, que el nexo entre el índice y el indicado no armonice con los dictados del sentido común o esté en oposición con leyes elementales de la naturaleza, para que por el aspecto subjetivo pudiera predicarse error evidente de hecho.

"Tampoco es común que por medios extraños al régimen legal de probanzas se tengan por acreditados los hechos indicativos o que se desconozca su prueba producida conforme a la tarifa. Ni sucede con frecuencia que sean recibidos los indicios por el juzgador cuando la ley rechaza esa prueba. Por todo lo cual es también de excepción en esta materia el error de derecho.

"Así ha dicho la Corte: 'Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza' (Cas. 12 junio 1958. LXXXVIII, 2198, 176, 2).

"De donde emerge el principio general de que la discusión sobre el mérito probatorio de los indicios termina en la instancia, y se destaca la razón por la cual ante la Corte prevalece casi siempre el convencimiento del sentenciador fundado en indicios".

5. Por lo demás, el Tribunal no ha desconocido el valor, significado y alcance atribuído al dictamen de peritos por las normas orgánicas de los medios de prueba. Es sólo que en concreto no halló suficientemente explicada y fundada la peritación para aceptar la cifra numérica señalada como importe del avalúo encomendado a los peritos. Y como sucede que esta apreciación sobre la suficiencia de base para calificar el mérito del dictamen está sometida al arbitrio del sentenciador, no es bastante que con criterio distinto la demanda de casación estime la prueba para que la censura sea viable. Pues aunque el argumento fuera propio en la instancia, no es trascendente 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 7 de julio de 1962, 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 López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RELACIONES SEXUALES

Error de hecho. — Improcedencia del cargo formulado en relación con pruebas no tenidas en cuenta por el juzgador.

El Tribunal no tuvo en cuenta las sentencias sobre cesación del procedimiento que por rapto se adelantó al presunto padre natural, como medio probatorio de las relaciones sexuales, porque éstas las halló acreditadas a plenitud con los testimonios allegados al juicio. De donde el error que pudiera alegarse como causal de casación, no sería el de derecho que consistiría en no haberle dado a dichas providencias el mérito de plena prueba que les señalan los artículos 251 del Código de Procedimiento Penal y 632 del Código Civil, ya que mal podía valorar el fallador un medio no tenido en cuenta por él, sino, de hecho, el que, conforme a sostenida doctrina de la Corte, ocurre cuando la sentencia ha pasado por alto o no ha visto una prueba demostrativa de un hecho trascendente en el fallo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

Glenis María Ramos, madre natural del menor José Antonio Cuello Ramos, demandó en juicio ordinario, ante el Juez 1º Civil del Circuito de Ciénaga, a Rosina Sabatino viuda de Cuello, en su condición de cónyuge supérstite de Pedro Cuello Vargas y madre legítima del menor Pedro Cuello Sabatino, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenaciones:

"*Primera.* Que el niño José Antonio Cuello Ramos, nacido el 28 de marzo de 1953 en el Municipio de Fundación (Magdalena), es hijo natural de Pedro Cuello Vargas.

"*Segunda.* Que al margen de la partida de nacimiento de José Antonio Cuello Ramos se tome nota de su estado civil de hijo natural, una vez ejecutoriada la sentencia.

"*Tercera.* Que en virtud de la primera declaración, José Antonio Cuello Ramos tiene derecho a concurrir en la sucesión intestada de su padre natural.

"*Cuarta.* Que se adjudique al menor Cuello Ramos la mitad de lo que corresponde a su hermano legítimo, en los bienes inventariados en el juicio sucesorio que se adelanta en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Ciénaga".

La causa de estas peticiones la coloca el libelo en los siguientes hechos que se resumen así:

Pedro Cuello Vargas sacó de su hogar a Glenis María Ramos cuando ésta estudiaba en un colegio del Municipio de Fundación, y la sostuvo de modo permanente "tanto en Barranquilla como en Fundación, costeando la vivienda y los demás gastos de su subsistencia".

José Antonio Cuello Ramos nació el 28 de marzo de 1953 como fruto de las relaciones sexuales estables y notorias que Pedro Cuello Vargas mantuvo con Glenis María Ramos.

Pedro Cuello Vargas, casado con Rosina Sabatino, murió el 26 de mayo de 1953, y dejó a Pedro Cuello Sabatino como único descendiente legítimo.

El apoderado de la parte demandada contestó el libelo oponiéndose al derecho invocado, negando unos hechos y manifestando no constarle los demás.

La primera instancia se cerró con sentencia proferida el 25 de abril de mil novecientos sesenta, mediante la cual el Juzgado resolvió:

"*Primero.* Declárase que el menor José Antonio Cuello Ramos, nacido el 28 de marzo de 1953, en la ciudad de Fundación, es hijo natural de Pedro Cuello Vargas con la señora Glenis María Ramos.

"*Segundo.* Que en virtud de la declaración anterior, José Antonio Cuello Ramos tiene derecho como heredero en la sucesión de su padre natural, Pedro Cuello Vargas, en las proporciones que determina la ley.

"*Tercero.* Una vez ejecutoriada la anterior providencia ofíciese al señor Notario Unico de Fundación para que, de acuerdo con el artículo 370 del Código Civil, en concordancia con el Decreto ejecutivo 1003 de 1939, haga la anotación marginal en la partida de nacimiento del menor José Antonio Cuello Ramos, como hijo natural de Pedro Cuello Vargas".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en fallo de treinta de enero de 1961, pronunciado en la apelación que interpuso la parte demandada, confirmó en todas sus partes la del Juzgado.

Motivación de la sentencia del Tribunal.

Basado el fallador en que la acción de filiación incoada tiene como causa el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, o sea las relaciones estables y notorias entre la madre y el presunto padre por el tiempo que exige la presunción de que el nacimiento del hijo se efectuó después de ciento ochenta días de iniciadas tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron; y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte sobre las especiales condiciones que debe tener la prueba al respecto, analiza exhaustivamente la exposición que hacen en el particular los nueve testimonios recibidos, para llegar a esta conclusión:

"De todo lo dicho anteriormente se desprende, en definitiva, que en autos se halla probado que entre el extinto Pedro Cuello Vargas y Glenis María Ramos existieron relaciones sexuales notorias y estables durante el lapso comprendido entre el año de 1950 y el 28 de marzo de 1953, durante el cual ocurrió la concepción y consiguiente nacimiento del menor José Antonio Cuello Ramos, y que por ende, se está en el caso contemplado en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para que sea procedente la declaratoria de paternidad natural en favor del referido menor, respecto del hoy difunto Pedro Cuello Vargas, lo que se debe tener en cuenta para efecto de la decisión que tome esta Sala respecto de la providencia en revisión, y que debe, por lo dicho, producirse en el sentido de confirmarla".

Recurso de casación.

La parte demandada impugnó el fallo de segunda instancia con el recurso de casación que apoya en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, en cuanto el sentenciador incurrió en error de derecho en la valoración de una prueba.

Las razones de la tacha se resumen así:

Antonia Josefa González, madre de Glenis María Ramos, presentó denuncia criminal en el Juzgado 2º Penal del Circuito de Ciénaga contra Pedro Cuello Vargas por el delito de rapto, que se dice fue cometido en mayo de 1951. Hecha la investigación correspondiente, en providencia de 19 de julio de 1951, ordenó cesar todo procedimiento contra el procesado. El Tribunal Superior de Santa Marta, con fecha 16 de enero de 1952, confirmó la resolución del Juzgado.

"El Tribunal les niega por completo su valor de convicción a las mencionadas pruebas, y forma su juicio exclusivamente de la estimación de la prueba testimonial. Los declarantes afirman que el pretendido rapto tuvo lugar en el año de 1950, cuando la realidad procesal acredita que los hechos se verificaron en el año de 1951.

"Los dichos de los testigos se estrellan contra la verdad que surge de las piezas del proceso penal. Por consiguiente, ha incidido el sentenciador en error de derecho al no valorar éstas como plena prueba, según ordenan los artículos 251 del Código de Procedimiento Penal y 632 del Código de Procedimiento Civil.

"Y por la senda de este error de derecho en la valoración probatoria, ha incurrido el Tribunal en aplicación indebida del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en sus numerales 1º y 4º, por haber sido aplicados en una situación de hecho no gobernada por tales normas".

Agrega a esto que el niño José Antonio Cuello Ramos nació, según el acta respectiva, el 28 de marzo de 1953, y que el pretendido rapto, según los testigos, se cometió en mayo de 1950, "o en el peor de los casos, en mayo de 1951, según las providencias judiciales citadas, es decir, con antelación de dos o tres años al nacimiento del menor José Antonio".

Advierte el recurrente que este yerro aparece de modo manifiesto en los autos.

Se considera:

Debe anotarse que el hecho invocado en la demanda como causal de la declaración de pater-

nidad es el de las relaciones sexuales estables y notorias que tuvieron Pedro Cuello Vargas y Glenis María Ramos, y que al estudio de él se limitó la sentencia acusada en la consideración de la prueba testimonial.

El libelo habla de que Cuello Vargas se sustrajo a la Ramos del colegio donde estudiaba, como circunstancia de la cual nacieron o comenzaron las relaciones sexuales, pero no habla propiamente de rapto ni alega éste como causal de paternidad.

A la observación hecha al Tribunal por el apoderado de la parte demandada de que unos de los testigos hablan de que el rapto se cometió en mayo de 1950, y otros en mayo de 1951, observa la sentencia que del examen de los testimonios aparece "que Pedro Cuello mantuvo sus relaciones sexuales, estables y notorias con Glenis María Ramos desde cuando aquél se raptó a ésta, así sea en 1950 o en 1951, hasta la fecha de la muerte de aquél el 26 de mayo de 1953, de donde resulta que si el menor José Antonio Cuello Ramos nació el 28 de marzo, la concepción de éste, conforme a la presunción establecida en el artículo 92 de la Ley 45 de 1936, debió ocurrir dentro de la época en que existieron esas relaciones sexuales entre Pedro Cuello y Glenis María Ramos".

En relación con el fallo sobre la cesación de procedimiento, el Tribunal, a la anotación de la parte demandada, consistente en que si hubiera habido arreglo entre el procesado y la madre de la menor el proceso había terminado con desistimiento y no por sentencia absolutoria, contestó el Tribunal que los testigos no hablan de desistimiento sino de que mediante la promesa hecha por Cuello Vargas de asegurarle a la menor medios de subsistencia y vivienda, la madre de ésta abandonaría la acción penal, encuentra inocua la alegación de que al haber habido arreglo, el proceso habría terminado por desistimiento.

Resulta que el Tribunal no tuvo en cuenta las sentencias a que se refiere el cargo como medio probatorio de las relaciones sexuales, porque éstas las halló acreditadas a plenitud con los testimonios allegados al juicio, y porque el rapto como tal no se incluyó en la *causa petendi*. Por lo mismo, el error que pudiera alegarse como causal de casación no sería el de error de derecho que consistiría en no haberle dado a las providencias sobre cesación de procedimiento el mérito de plena prueba que les señalan los artículos 251 del Código de Procedimiento Penal y 632 del Código de Procedimiento Civil, ya que mal podía valorar el fallador un medio no tenido en cuenta por él, sino de hecho, el que, conforme a sostenida doctrina de la Corte, ocurre cuando la sentencia ha pasado por alto o no ha visto una prueba demostrativa de un hecho trascendente en el fallo. El mismo recurrente se encarga de poner de manifiesto la inconducencia de la tacha, cuando dice: "El Tribunal les niega su valor de convicción a las mencionadas pruebas, y forma su juicio exclusivamente de la estimación de la prueba testimonial".

El cargo, por lo mismo, debe rechazarse por inconducente.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y uno en el juicio ordinario seguido por Glenis María Ramos en su condición de madre natural del menor Antonio José Cuello Ramos contra Rosina Sabatino viuda de Cuello, cónyuge sobreviviente de Pedro Cuello Vargas y madre legítima del menor Pedro Cuello Sabatino.

Las costas del recurso a cargo de la parte que lo interpuso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD LEGITIMA

Las causas sobre impugnación de la filiación son de la competencia de los Jueces Civiles. Recepción del Derecho Canónico por la legislación civil.

1. La filiación es el vínculo que por la procreación se forma entre el padre o la madre y el hijo. Respecto del padre se la llama paternidad y en relación con la madre se la denomina maternidad. La filiación es legítima o natural, según que los padres hayan estado o no casados entre sí durante la época de la concepción del hijo. La filiación da origen a dos acciones: una para reclamarla y otra para impugnarla, bien respecto del padre, ora en relación con la madre. En casación de 31 de julio de 1936 expresó la Corte que, además de las dos enunciadas, también surge de la filiación un tercer grupo de "acciones que no tienden ni a reclamar ni a impugnar la filiación, sino a reclamar o impugnar la legitimidad de esa filiación, a rectificar o reconstruír actas de estado civil de conformidad con una filiación no impugnada o a justificar cuestiones de identidad". (XLIV, 1914, 103).

Por su causa, por su objeto y por los sujetos de la relación jurídico-procesal, los litigios sobre nulidad del matrimonio o sobre divorcio o sobre separación de los cónyuges, son distintos e independientes de los procesos sobre impugnación de la filiación paterna o materna, o de la legitimidad de la misma filiación. Por este motivo la competencia deferida a las autoridades eclesiásticas para entender en las primeras causas mencionadas, cuando ellas dimanan de matrimonios católicos, no comprende el conocimiento de las segundas. Este conocimiento corresponde de manera privativa a los Jueces Civiles, de tal modo que sólo las decisiones de estos funcionarios producen los efectos que prevén las normas reguladoras de las controversias sobre impugnación de la filiación legítima o natural.

Conforme a lo prescrito por el artículo 5º de la Ley 95 de 1890, además del fallo de divorcio o separación de los cónyuges por adulterio de la mujer, se requiere demostrar también que el marido no hacía vida conyugal con ésta durante el período legal de la concepción del hijo cuya legitimidad se impugna.

El fallo del Tribunal Diocesano tiene pleno valor y produce todos sus efectos en cuanto concierne a la separación de los cónyuges, pero no en lo referente a la declaración de que el menor no es hijo de quien impugna su legitimidad. Respecto de este segundo punto, la decisión eclesiástica no creó ninguna situación jurídica entre el demandante y el menor, y, de consiguiente, carece de solidez el argumento de que la sentencia acusada modificó esa situación. El fallo canónico prueba el adulterio de la cónyuge, pero esta sola circunstancia no es suficiente para tener por destruída la presunción de paternidad legítima que la ley atribuye al actor en relación con el aludido menor.

Como la sentencia acusada en casación no halló comprobada la falta de cohabitación, ni ella puede considerarse establecida con la sola providencia eclesiástica, ningún error de derecho cometió dicha sentencia por no reconocerle en este punto fuerza demostrativa a la referida decisión del Tribunal Diocesano.

2. Los artículos 16 de la Ley 153 de 1887 y 3º de la Ley 35 de 1888 (Concordato) disponen 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". Estas normas consagran el principio general de que el ordenamiento canónico no constituye legislación nacional ni forma parte de ésta. Con todo, algunas disposiciones de las mismas y de otras leyes señalan casos concretos en que de manera expresa la legislación nacional se remite y defiere al derecho canónico la regulación de determinados asuntos. En casación de 15 de mayo de 1954 la Corte expresó que esta deferencia es simplemente formal y no

recepticia, y fijó su alcance y el modo como dicho ordenamiento canónico puede producir efectos dentro del ámbito de la legislación civil. Esta legislación debe asimismo respeto a la canónica, lo cual significa que no puede interferir la aplicación de este ordenamiento en las materias que le son propias y que corresponden exclusivamente a la organización institucional y al funcionamiento de la Iglesia como persona jurídica de derecho público eclesiástico. Este respeto, sin embargo, no entraña la admisión del derecho canónico como legislación nacional, porque los dos ordenamientos son independientes y porque, no haciendo el eclesiástico parte del civil, no puede el primero ser aplicado a las instituciones nacionales sino en los casos de excepción en que a él defiere el segundo la regulación de una determinada materia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., mayo veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres.

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

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de diez y ocho de julio de 1960, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio ordinario sobre impugnación de la paternidad legítima que el señor Juan José Pérez ventila frente al menor Ricardo Pérez Mejía.

Antecedentes.

1. El 20 de noviembre de 1937 los señores Juan José Pérez y Teresa Mejía Mojica contrajeron matrimonio por los ritos católicos en la población de Paz del Río (Boyacá).

2. En demanda que fue aceptada el 27 de marzo de 1953, el nombrado Juan José Pérez solicitó del Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Tunja que, mediante el juicio respectivo, decretara el divorcio o separación de cuerpos entre el mismo Pérez y su cónyuge Teresa Mejía por causa de adulterio de esta última.

3. El 22 de julio de 1953 la señora Teresa Mejía dio a luz un niño en esta ciudad de Bogotá, niño a quien se nombró Ricardo y se denunció ante el Notario Quinto de esta misma ciudad como hijo legítimo de Juan Pérez y la citada señora Mejía, según la partida de nacimiento que se extendió el 29 del propio mes de julio.

4. En sentencia de 25 de febrero de 1955 el Tribunal Diocesano de Tunja decidió en estos términos el referido juicio de divorcio o separación de cuerpos:

"1º El señor Juan José Pérez tiene derecho de separarse de su esposa Teresa Mejía, a perpetuidad, *quoad thorum et cohabitationem,* quedando en pie el vínculo sagrado del matrimonio.

"2º No está obligado a proveer a la subsistencia de su esposa y se defiere a la autoridad civil lo pertinente a la participación que a su esposa corresponda en los gananciales habidos durante la vida conyugal.

"3º Declárase que el niño nacido de la señora Teresa Mejía el 22 de julio de 1953, y cuyo nacimiento se halla registrado el 29 de julio del mismo año al folio 278 en la Notaría 5ª de Bogotá, no es hijo del señor Juan Pérez".

5. La anterior sentencia del Tribunal Eclesiástico quedó ejecutoriada y fue debidamente inscrita en la Oficina de Registro de la ciudad de Tunja el 31 de marzo de 1955.

El litigio.

El 15 de abril del mismo año de 1955 el aludido Juan José Pérez, obrando por medio de apoderado, promovió ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá un juicio ordinario para que, con citación y audiencia del menor Ricardo Pérez Mejía, quien debería ser representado por un curador *ad litem,* se hicieran en el fallo respectivo estas declaraciones:

"a) Que el menor Ricardo Pérez, cuya partida de nacimiento aparece registrada en el libro de registro de nacimientos de la Notaría Quinta de Bogotá, al folio 278 de 1953, no es hijo legítimo del señor Juan José Pérez, casado con la señora Teresa Mejía;

"b) Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la partida que aparece en el libro de registro de nacimientos que se lleva en la Notaría Quinta de Bogotá, inscrita al folio 278 del año de 1953, en cuanto se afirma que el mencionado niño Ricardo Pérez es hijo legítimo de Juan José Pérez".

En subsidio solicitó el personero del actor que se declarara que "la presunción de hijo legítimo que cobija al menor Ricardo Pérez, quien aparece registrado como tal al folio 278, correspon-

diente al año de 1953, del libro de registro de nacimientos que se lleva en la Notaría Quinta de Bogotá, por cuanto no fue engendrado por el señor Juan José Pérez, mi mandante; y que, en consecuencia, es falsa la declaración contenida en la citada partida en la parte en que afirma que el menor Ricardo Pérez es hijo legítimo de mi mandante".

Fuera de los hechos narrados como antecedentes la demanda expone estos otros que conviene anotar:

A) Desde el día de su matrimonio los señores Juan José Pérez y Teresa Mejía convivieron como marido y mujer hasta fines del año de 1952, en que se separaron físicamente.

B) El señor Pérez no tuvo relaciones sexuales con su esposa desde más de ciento ochenta días con anterioridad a la fecha en que se produjo el nacimiento del menor Ricardo Pérez.

C) Además el señor Pérez se halla incapacitado para tener hijos, como lo demuestran los exámenes médicos y de laboratorio que se le han practicado.

D) Desde principios del mes de enero de 1953 la señora Teresa Mejía fijó su residencia en esta ciudad de Bogotá, donde nació el menor Ricardo Pérez.

En la demanda se pidió también que se citara a la señora Teresa Mejía, quien compareció y ha venido interviniendo en el juicio.

Al menor demandado Ricardo Pérez se le designó un curador *ad litem,* quien dio respuesta al libelo en el sentido de oponerse a las declaraciones impetradas y de solicitar que se demostraran los hechos expuestos en él.

La primera instancia del negocio terminó con el fallo de seis de diciembre de 1956, en que se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió al demandado y se condenó en costas al actor.

La sentencia acusada.

Habiendo recurrido en apelación la misma parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo de primer grado mediante sentencia de 18 de julio de 1960, y condenó también en costas al apelante.

La motivación de la sentencia contiene varias consideraciones que importa recordar. Anota en primer término que el demandante ejercita en este juicio la acción de impugnación de la paternidad que se le atribuye respecto del menor Ricardo Pérez, y dice que esa acción supone que la paternidad dicha se encuentra demostrada, como efectivamente lo está en este caso por ser el mismo menor hijo de la señora Teresa Mejía y haber nacido durante el matrimonio de ésta con el propio actor, lo cual indica que aparece establecida la presunción *pater is est* que en esta litis se pretende destruír.

La acción ha sido intentada por el propio presunto padre, y en cuanto a la oportunidad de su ejercicio expresa el fallo que, como se invoca el adulterio de la mujer que dio motivo a la sentencia eclesiástica de separación, dicha acción aparece propuesta en tiempo conforme a los prescrito por el artículo 5º de la Ley 95 de 1890.

La sentencia afirma que son tres los casos en que es factible impugnar la paternidad legítima, a saber: el de absoluta imposibilidad física de tener el marido acceso a la mujer (Código Civil, 214); el de adulterio de la mujer (Código Civil, 215), y el de abandono del hogar por parte de la misma mujer (Ley 95 de 1890).

En esta ocurrencia la acción de impugnación tiene por base el adulterio de la señora Teresa Mejía, madre del menor demandado y esposa del demandante. "Estima el Tribunal —dice el fallo— que al acompañar el actor la copia de la sentencia de divorcio proferida por la Curia, como también al afirmar en los hechos de la demanda que 'por razones de adulterio de su mujer, mi mandante propuso ante la V. Curia Diocesana de Tunja el correspondiente juicio de divorcio', se ubica dentro del artículo 5º de la Ley 95 de 1890, no sólo para los efectos del plazo para incoar la acción, sino también para los efectos demostrativos de sus afirmaciones".

Dicho artículo 5º de la Ley 95 no le exige al marido impugnante sino la prueba de que durante la época en que pudo tener lugar la concepción del hijo no hacía él vida conyugal con su mujer. "Con todo —afirma la sentencia— considera el Tribunal que frente al artículo 215 del Código Civil, como frente al artículo 5º de la Ley 95 de 1890, la prueba que corresponde dar al marido, si aspira a que su acción sea próspera, no es otra diferente a la de la imposibilidad física de tener acceso a la mujer, toda vez que a tal circunstancia equivale la autorización legal de que tratan dichas normas de ser admitido el marido, probado el adulterio, a demostrar 'cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre' (215) o en caso de divorcio declarado por causa de adulterio 'que pruebe que durante la época en que pudo tener lugar la concepción no hacía vida conyugal con su mujer'.

"Pero sea que el marido invoque como causal de la impugnación el divorcio declarado por cau-

sa de adulterio simplemente, frente a la demanda necesariamente hay que concluír que el motivo fundamental de la impugnación de la paternidad radica en la imposibilidad física del actor de tener acceso a su mujer, toda vez que se afirma en los hechos de ella que 'mi mandante, señor Juan José Pérez, no tuvo acceso carnal con su esposa desde más de ciento ochenta días con anterioridad a la fecha en que se dice de nacimiento del menor Ricardo Pérez'.

"Por tanto, la actividad probatoria del actor ha debido encaminarse a demostrar precisamente el hecho de la imposibilidad física de tener acceso a su mujer, a fin de destruír la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*".

Para cumplir esta exigencia el actor allegó los testimonios de los señores Luis A. Hernández Vargas y Miguel González Forero. La sentencia transcribe las afirmaciones principales de estos dos testigos y expresa al respecto: "De las anteriores declaraciones no se infiere precisamente la época en que los cónyuges Pérez-Mejía dejaron de hacer vida conyugal. Uno de los declarantes afirma que el señor Pérez vivía y sostenía a su esposa hasta fines del año de mil novecientos cincuenta y dos, sin precisar en forma alguna el mes; el otro expresa que a fines del mismo año, 'tal vez septiembre u octubre, sin recordar con precisión', le contó el señor Pérez aquí en Bogotá que había tenido que separarse de su esposa, sin que diga ninguno de los testigos desde cuándo el señor Pérez les dijo había ocurrido la separación. Así las cosas, la época exacta de la separación no puede tenerse por probada, ni menos está acreditada la imposibilidad física del señor Pérez de tener acceso a su mujer, ni tampoco el que durante la época en que pudo tener lugar la concepción éste no hacía vida conyugal con ella.

"De modo que, no constándoles a los testigos la época en que pueda afirmarse la terminación de la vida común de los esposos Pérez-Mejía, ni ninguna otra circunstancia demostrativa de que el esposo estuvo imposibilitado físicamente de tener acceso a su mujer, no pueden tenerse sus dichos como prueba para demostrar los hechos en que se apoya la demanda".

Dice finalmente el fallo que tampoco aparece comprobado el hecho de que el demandante Pérez se halle en incapacidad biológica de tener descendientes.

La impugnación.

Con fundamento en la primera de las causales señaladas por el artículo 520 del Código Judicial, la parte recurrente en casación formula contra la sentencia anterior los dos cargos siguientes:

Primero. Consiste en la violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 17 y 18 de la Ley 57 y 16 y 51 de la Ley 153, ambas de 1887.

En desarrollo de este primer motivo expresa el impugnante que el matrimonio católico contraído por Juan José Pérez y Teresa Mejía colocó a estos señores, para los efectos de sus relaciones conyugales, bajo la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas y que, por tanto, "las violaciones de la ley tanto civil como eclesiástica que cualquiera de los cónyuges cometa, deben ser calificadas y juzgadas por la justicia eclesiástica, y los fallos que ella produzca deben tener su efecto civil ante ellos mismos y ante terceros con todas sus consecuencias, porque dentro de nuestro ordenamiento legal no puede producirse un resultado ante la justicia competente, que es la eclesiástica, que pueda ser desconocido y violado por la justicia civil. Las situaciones creadas por razón de una providencia eclesiástica en las causas matrimoniales asignadas a su conocimiento, son generadoras de derechos y sus consecuencias inciden no sólo en el campo espiritual y sacramental, sino también en el campo civil y político. Por esto la jurisprudencia se desvertebraría y no podría ser unificada al permitir que una potestad, en este caso la eclesiástica, hiciera una declaración en asuntos de su competencia, que pudiera estar sujeta a variación, por desconocimiento de la misma, por parte de la potestad civil que le asignó a aquélla su fuero exclusivo".

Los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887 atribuyen a las autoridades eclesiásticas competencia privativa para entender en las causas matrimoniales católicas, pero el fallo desconoció esta circunstancia y violó, por tanto, las disposiciones anotadas, por falta de aplicación. También se quebrantaron por la misma razón los artículos 16 y 51 de la Ley 153 de 1887, que confirman la competencia eclesiástica y ordenan respetar la legislación canónica. A este juicio se trajo la sentencia del Tribunal Diocesano de Tunja, en que se decretó el divorcio o la separación entre los cónyuges Juan José Pérez y Teresa Mejía, y se declaró que el menor Ricardo Pérez no es hijo del nombrado Juan José. No obstante estar resuelto el problema de la paternidad que a éste se atribuye respecto del menor Pérez, el fallo acusado no tuvo en cuenta tal cosa y violó, por t a n t o, los preceptos mentados. "Demostrada como lo está la decisión de la autoridad eclesiástica, en el caso presente, las normas aplicables para cumplir lo dispuesto por el fallo eclesiás-

tico son las citadas antes, porque de otra manera la legislación canónica no sería respetada por las autoridades civiles, como lo indica el artículo 16 de la Ley 153 de 1887".

Segundo cargo. "La sentencia acusada —expresa el recurso— es violatoria de los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887, y también de los artículos 2º y 4º del Concordato, aprobado por la Ley 35 de 1888, a consecuencia de una falta de apreciación de la prueba establecida por medio de la sentencia del V. Tribunal Diocesano de Tunja".

El recurrente sustenta este cargo así: "La falta de apreciación de la sentencia mencionada como prueba del adulterio y de la consiguiente declaración de que el menor Ricardo Pérez no es hijo de Juan Pérez, llevó al Tribunal a un error de derecho, que consistió en apreciar esa prueba en forma parcial y limitada. La aceptó como prueba del adulterio y la rechazó como demostración de que el hijo habido por la mujer adúltera no lo era del esposo de ella, señor Juan José Pérez. Las pruebas, dice el artículo 601 del Código Judicial, se aprecian de acuerdo con su estimación legal y a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad. La sentencia de la V. Curia Diocesana de Tunja hace plena prueba en todo lo que en ella se afirma, como lo dice el canon 1816 (Código de Derecho Canónico), y es además un documento público (Canon 1813, numeral 3º, del Código de Derecho Canónico), y como documento público que es, hace plena prueba acerca de su contenido, como lo dice el artículo 632 del Código Judicial. Dados los anteriores efectos, al calificar la prueba contenida en la sentencia mencionada, limitando su calificación a una sola de sus declaraciones y negándole valor probatorio a las demás, ha incurrido el honorable Tribunal en un manifiesto error de derecho que lo indujo a violar la Ley en los artículos arriba mencionados, lo mismo que a los artículos 601 y 632 del Código Judicial, y a los Cánones 1813 y 1816 (Código de Derecho Canónico), en los conceptos mencionados y conforme a la demostración que he hecho. Para dar cumplimiento a las disposiciones civiles y eclesiásticas citadas antes, el honorable Tribunal ha debido apreciar en forma íntegra la prueba contenida en la sentencia tántas veces citada en este escrito. Por otra parte, al no apreciar en forma eficaz la misma sentencia, el honorable Tribunal incurrió en el error de derecho, al infringir, por tal causa, las disposiciones invocadas al enunciar este segundo cargo".

Después de transcribir varios pasos de la casación de 15 de mayo de 1954 (LXXVII, 2141, 579), dice el impugnante que se acoge a la doctrina expuesta allí por la Corte, y concluye así:

"De acuerdo con lo dicho por la honorable Corte, cuando la Ley 57 de 1887, en sus artículos 17 y 18, defirió a la justicia eclesiástica el conocimiento de las causas matrimoniales, dándole a sus fallos los efectos civiles y políticos correspondientes, no limitó su deferencia a determinadas instancias, sino que lo hizo en forma total. De manera que al apreciar por la justicia civil la providencia eclesiástica, en las causas referentes a las consecuencias del divorcio, no puede aquélla limitar el campo de acción de esa providencia, sino que debe aceptarla en su totalidad, porque ese es el espíritu de la disposición citada y porque así lo ordena el Concordato en las normas comentadas por la Corte.

"Está plenamente establecido que el honorable Tribunal, en el fallo acusado, modificó una situación que había creado el fallo eclesiástico, sobre cuyo fundamento se edificó la presente acción. Y para cambiar la situación creada por la autoridad eclesiástica, representada en este juicio por el venerable Tribunal Diocesano de Tunja, le dio a la sentencia que éste expidió un alcance diferente. En efecto, el honorable Tribunal Superior, en el fallo acusado, al confirmar el del Juez *a quo*, no apreció en la forma debida la prueba principal acompañada, por lo cual incurrió en un error de derecho que lo indujo a violar las leyes antes citadas. La verdad en el campo judicial es también una y simple. Si la justicia eclesiástica, en el uso y ejercicio de un fuero que le fue asignado por la ley civil y por un pacto internacional, declara en sentencia firme un hecho, que por tal razón constituye una verdad judicial, no puede la jurisdicción civil, sobre los mismos hechos y materias, fundándose en el propio fallo eclesiástico, declarar su verdad judicial que resultó, por una errada interpretación probatoria, ser una verdad judicial contraria a la verdad judicial eclesiástica".

Consideraciones de la Corte.

I. Los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887 atribuyen en realidad competencia privativa a los Tribunales eclesiásticos para entender en los juicios o causas referentes a la nulidad y al divorcio o separación de cuerpos de los matrimonios católicos. También el artículo 51 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que "de los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, conocerán, exclusivamente, los Tribunales Eclesiásticos, con

arreglo a las leyes canónicas, y la sentencia firme que recaiga producirá todos los efectos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 57, artículos 17 y 18".

Con respaldo en estos preceptos se sometió al conocimiento y decisión del Tribunal Diocesano de Tunja la controversia relativa a la separación de cuerpos de los cónyuges Juan José Pérez y Teresa Mejía. La sentencia proferida en ese juicio decretó la separación impetrada por el marido, a causa de haber hallado establecida la causal de adulterio de la mujer que se invocó como fundamento de la acción. De acuerdo con las normas positivas citadas, ese fallo eclesiástico produce todos los efectos procesales y jurídicos que le son inherentes en cuanto concierne al divorcio o separación de los consortes Pérez y Mejía. Así lo reconoce la sentencia acusada, hasta el punto de que situó esta litis en el campo previsto por el artículo 5º de la Ley 95 de 1890, que sólo exige al marido, en caso de divorcio decretado por adulterio de la mujer, la prueba de que no hacía vida conyugal con ésta durante la época en que se presume efectuada la concepción del hijo cuya legitimidad se impugna. Por donde se ve que, por este aspecto, carece de justificación la primera censura sobre quebranto de las normas mencionadas, por supuesta falta de aplicación.

II. Expresa el recurrente que la sentencia admite el fallo eclesiástico como prueba del divorcio por adulterio, pero que lo desconoce en cuando se refiere a la declaración de que el menor Ricardo Pérez no es hijo del demandante Juan José Pérez, y sostiene que esta última apreciación constituye un error de derecho, desde luego que la decisión del Tribunal Diocesano tiene un valor unitario y debe aceptarse o rechazarse en su integridad y no en forma parcial y limitada.

El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 dispone que "son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico". Consecuente con esta prescripción la misma Ley 57, en sus referidos artículos 17 y 18, defirió competencia privativa a las autoridades eclesiásticas para conocer en las causas referentes a la nulidad y al divorcio o separación de los propios matrimonios católicos.

La filiación es el vínculo que por la procreación se forma entre el padre o la madre y el hijo. Respecto del padre se la llama paternidad y en relación con la madre se la denomina maternidad. La filiación es legítima o natural según que los padres hayan estado o no casados entre sí durante la época de la concepción del hijo. La filiación da origen a dos acciones: una para reclamarla y otra para impugnarla, bien respecto del padre, ora en relación con la madre. En casación de 31 de julio de 1936 expresó la Corte que, además de las dos enunciadas, también surge de la filiación un tercer grupo de "acciones que no tienden ni a reclamar ni a impugnar la filiación, sino a reclamar o impugnar la legitimidad de esa filiación, a rectificar o reconstruír actas de estado civil de conformidad con una filiación no impugnada o a justificar cuestiones de identidad" (XLIV, 1914, 103).

Por su causa, por su objeto y por los sujetos de la relación jurídico-procesal, los litigios sobre nulidad del matrimonio o sobre divorcio o separación de los cónyuges, son distintos e independientes de los procesos sobre impugnación de la filiación paterna o materna o de la legitimidad de la misma filiación. Por este motivo la competencia deferida a las autoridades eclesiásticas para entender en las primeras causas mencionadas, cuando ellas dimanan de matrimonios católicos, no comprende el conocimiento de las segundas. Este conocimiento corresponde de manera privativa a los Jueces Civiles, de tal modo que sólo las decisiones de estos funcionarios producen los efectos que prevén las normas reguladoras de las controversias sobre impugnación de la filiación legítima o natural.

Como se ha dicho, el fallo del Tribunal Diocesano de Tunja tiene pleno valor y produce todos sus efectos en cuanto concierne a la separación de los cónyuges Pérez-Mejía, pero no en lo referente a la declaración de que el menor Ricardo Pérez no es hijo del señor Juan José Pérez. Respecto de este segundo punto la decisión eclesiástica no creó ninguna situación jurídica entre el demandante Pérez y el menor nombrado y, de consiguiente, carece de solidez el argumento de que la sentencia acusada modificó esa situación. El fallo canónico prueba el adulterio de la cónyuge, pero esta sola circunstancia no es suficiente para tener por destruída la presunción de paternidad legítima que la ley atribuye al señor Pérez en relación con el mismo menor. Conforme a lo prescrito por el artículo 5º de la Ley 95 de 1890, además del fallo de divorcio o separación de los cónyuges por adulterio de la mujer, se requiere demostrar también que el marido no hacía vida conyugal con ésta durante el período legal de la concepción del hijo cuya legitimidad se impugna. La sentencia acusada no halló comprobada esa falta de cohabitación, ni ella puede considerarse establecida con la sola providencia eclesiástica, de modo que ningún error de derecho cometió dicha sentencia por no reconocerle en este punto fuerza demostrativa a la referida decisión del Tribunal Diocesano.

Los artículos 16 de la Ley 153 de 1887 y 3º de la Ley 35 de 1888 (Concordato) disponen 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". Estas normas consagran el principio general de que el ordenamiento canónico no constituye legislación nacional ni forma parte de ésta. Con todo, algunas disposiciones de las mismas y de otras leyes señalan casos concretos en que de manera expresa la legislación nacional se remite y defiere al derecho canónico la regulación de determinados asuntos. En casación de 15 de mayo de 1954 la Corte expresó que esta deferencia es simplemente formal y no recepticia, y fijó su alcance y el modo como dicho ordenamiento canónico puede producir efectos dentro del ámbito de la legislación civil. Esta legislación debe asimismo respeto a la canónica, lo cual significa que no puede interferir la aplicación de este ordenamiento en las materias que le son propias y que corresponden exclusivamente a la organización institucional y al funcionamiento de la Iglesia como persona jurídica de derecho público eclesiástico. Este respeto, sin embargo, no entraña la admisión del derecho canónico como legislación nacional, porque los dos ordenamientos son independientes y porque, no haciendo el eclesiástico parte del civil, no puede el primero ser aplicado a las instituciones nacionales sino en los casos de excepción en que a él defiere el segundo la regulación de una determinada materia.

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que la sentencia impugnada no cometió el error de derecho que se le atribuye al no estimar el fallo del Tribunal Diocesano de Tunja como prueba suficiente para infirmar la presunción de paternidad legítima del señor Juan José Pérez respecto del menor Ricardo Pérez, y de que, en consecuencia, tampoco quebrantó los preceptos sustanciales que cita el recurrente en su segundo cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de diez y ocho de julio de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario sobre impugnación de filiación promovido por el señor Juan José Pérez contra el menor Ricardo Pérez Mejía.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATOS

Error en que puede incurrir el juzgador en su calificación.

Cuando el Tribunal, sobre la base de tener la cláusula de un contrato como está escrita, estudió la naturaleza del convenio allí contenido, el error en que podría incurrir no sería en el de evidente de hecho sino en uno de derecho, relacionado con la índole de ese convenio contenido en la cláusula citada.

Saber si una cláusula determina la cesión de un derecho o la diputación para el pago y hacer la respectiva calificación de orden legal, es una cuestión de derecho, una definición atinente a la relación de ese carácter privado celebrada por las partes con miras a efectuar una figura jurídica consagrada por la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

La sociedad "Ramírez, Angel & Cía. Ltda.", con domicilio principal en Bogotá, demandó ante el Juez Octavo del Circuito a José Vicente Tenjo Maldonado para que mediante juicio ordinario de mayor cuantía, se declare resuelto el contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 3392 de 6 de junio de 1949, pasada en la Notaría Segunda de Bogotá; como consecuencia de la resolución del contrato, el demandado deberá restituír a la sociedad demandante, dentro del término de diez días, contados desde la ejecutoria del fallo correspondiente y libre de toda clase de gravámenes, el inmueble determinado en la petición segunda de la demanda; que el demandado es responsable de los perjuicios de todo orden sufridos por la sociedad vendedora, por causa del incumplimiento del contrato de compraventa; que la sociedad podrá retener como garantía del cumplimiento de las declaraciones y condenas que se hicieren, la suma de dos mil doscientos pesos ($ 2.200.00) moneda legal, que el demandado entregó a la sociedad actora como parte del precio de la compraventa; y que las costas del juicio son a cargo de la parte demandada.

La causa de pedir la funda el demandante en hechos cuya síntesis es la siguiente:

En virtud de la escritura pública número 3392, ya citada, la sociedad "Ramírez, Angel & Cía. Ltda." vendió a José Vicente Tenjo Maldonado el inmueble a que la escritura se refiere, ubicado en la Urbanización Buena Vista, jurisdicción del Municipio de Usaquén, Departamento de Cundinamarca, distinguido en el plano de la Urbanización con el número 18.

El precio de esta compraventa fue de $ 4.500, del cual el comprador pagó la suma de $ 2.200.00 y quedó a deber la de $ 2.300.00.

José Vicente Tenjo se obligó a pagar a la sociedad vendedora el saldo insoluto del precio, con intereses, en el término de dos años, contados desde el día 3 de mayo de 1949, por cuotas semestrales; pero el comprador no dio cumplimiento a su obligación en el lugar y tiempo debidos, no obstante haber transcurrido un término considerable —aproximadamente de cuatro años— desde que vencieron e hicieron exigibles las obligaciones a su cargo.

El demandado dijo oponerse a que se hagan las declaraciones y condenas impetradas en el libelo, en cuanto a los hechos aceptó unos y otros negó, y propuso las siguientes excepciones:

"a) El carecer la sociedad demandante de la acción resolutoria —por renuncia de ella— y haberla ejercitado en el libelo en lugar de la acción de cumplimiento del contrato;

"b) El no ser la demandante titular de la obligación a cargo del demandado, mi poderdante, por haberla cedido expresamente en favor de una tercera persona, quien sería la única que podría exigir su cumplimiento.

"c) El no ser la demandante titular de la acción ejercitada, por haber aceptado una tercera persona la estipulación hecha en su favor por las partes intervinientes en el contrato de compraventa de que surgieron las obligaciones que se dicen incumplidas por mi poderdante".

El Juez Octavo del Circuito Civil de Bogotá, en sentencia de mérito de 31 de octubre de 1958, resolvió el negocio favorablemente a las pretensiones de la sociedad actora, y como la parte demandada apelara de la sentencia, concedido el recurso, el negocio pasó a conocimiento del Tribunal, y éste en providencia de 8 de septiembre de 1960 confirmó el fallo de primera instancia.

La parte demandada, vencida en las dos instancias, interpuso casación, recurso que ahora se resuelve.

La sentencia impugnada.

Acepta el Tribunal como procedente la acción resolutoria por encontrar reunidas las condiciones de ella, y en cuanto a las excepciones, niega la primera por no haber mediado por parte del vendedor renuncia expresa al derecho alternativo de ejercitar la acción resolutoria o pedir el cumplimiento del contrato.

Respecto a la segunda, acoge literalmente el criterio del Juzgado, relativo a que "no aparece en manera alguna acreditada tal cesión y, lo que es más, la diputación para recibir no la entraña".

En relación con la tercera, afirma que es "necesario convenir en primer término, que se trata de una repetición de la anterior, porque la designación de un tercero para recibir el pago no significa sustitución o novación de la obligación, como lo dice el Juzgado, sino simplemente el encargo de recibir".

La demanda de casación.

Unico cargo. Dice el recurrente acusar la sentencia del Tribunal de Bogotá por error evidente de hecho "en la interpretación de la cláusula g) de las declaraciones del comprador, contenidas en la escritura pública número 3392 de seis (6) de junio de 1949, de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se celebró el contrato de compraventa entre 'Ramírez, Angel & Cía. Ltda.' y José Vicente Tenjo Maldonado, mi mandante, cláusula en la cual se lee: 'g) Que el exponente comprador queda obligado al pago de las cuotas en la forma establecida en las oficinas de 'Nariño, Abondano Wiesner & Cía. Limitada', en Bogotá, pues la sociedad vendedora declara que ha designado a la mencionada sociedad para recibir el saldo del precio, y, por lo tanto, la efectividad del pago requiere que no se haga a persona o entidad distinta de la mencionada sociedad'.

"Como se ve, la cláusula transcrita amerita la cesión del saldo insoluto del precio a cargo del demandado, en favor de 'Nariño, Abondano, Wiesner & Cía. Limitada', lo cual aparece de modo notorio o evidente del texto literal de aquella, texto del cual se subraya: *y, por lo tanto, la efectividad del pago requiere que no se haga a persona o entidad distinta de la mencionada sociedad,* es decir, que ni siquiera el pago hecho a la sociedad vendedora tiene valor, porque ésta no es titular del crédito que consta en la escritura número 3392 de 6 de junio de 1949, de la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá, por haber sido cedido expresamente en favor de la sociedad 'Nariño, Abondano, Wiesner & Cía. Limitada', cesión aceptada por el deudor, quedando así perfeccionada.

"Ahora bien, el honorable Tribunal en su fallo (fls. 13 del cuaderno número 8) dice: 'Como bien lo dice el Juzgado, no aparece en manera alguna acreditada tal cesión y, lo que es más, la diputación para recibir no la entraña. No procede, pues, el reconocimiento de dicha excepción'.

"La anterior afirmación contraría la evidencia que surge de la transcrita cláusula g) de la escritura citada, por cuanto que en ella aparece ostensiblemente una *cesión* del saldo insoluto del precio, hecha por la vendedora en favor de la firma 'Nariño, Abondano, Wiesner & Cía. Ltda', y no una mera diputación para recibir el pago como lo estima erróneamente el honorable Tribunal".

Se afirma que como consecuencia del error enunciado el Tribunal violó por indebida aplicación los artículos 1930, 1546, 1932, 946, 961, 970, 1959, 1960, 1962, 1963 y 1964 del Código Civil.

El opositor a la demanda negó los fundamentos del cargo.

La Corte considera:

No afirma el recurrente que el Tribunal hubiese tergiversado el contenido literal de la cláusula transcrita del contrato. Hace consistir el error evidente de hecho en que en ella aparece ostensible una cesión del saldo insoluto del precio y no una mera diputación para recibir el pago como lo estima el Tribunal, afirmación que

de suyo entraña la destrucción del cargo que se postula. Si sobre la base de tener la cláusula como está escrita, cuestión que no ha puesto en duda el recurrente, el Tribunal estudió la naturaleza del convenio allí contenido, no se trataría de un error evidente de hecho, sino de uno de derecho, relacionado con la índole de ese convenio contenido en la cláusula citada.

Saber si esa cláusula determina la cesión de un derecho o la diputación para el pago y hacer la respectiva calificación de orden legal, es una cuestión de derecho, una definición atinente a la relación de carácter privado celebrada por las partes con miras a efectuar una figura jurídica consagrada por la ley. Es decir, no se prescindió de estudiar la cláusula del contrato, ni el fallador la supuso, ni alteró su texto; simplemente que la interpretó y calificó dándole determinada denominación legal.

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 del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha ocho (8) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en este juicio ordinario sobre resolución de un contrato de "Ramírez, Angel & Cía. Ltda." frente a José Vicente Tenjo Maldonado.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRUEBAS

Condiciones para que la apreciación de éstas, hecha por el juzgador, pueda ser desestimada en casación.

Bien sabido es que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, mientras en este recurso no se demuestre que el sentenciador incurrió en error de derecho probatorio o en un error de hecho evidente al estimar un medio decisivo en la resolución de la litis, porque fuera de estos casos excepcionales, el recurso extraordinario no admite hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho; y el concepto de error de derecho no comprende cualquier deficiencia en que haya podido incidir el juzgador en la ponderación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique el quebrantamiento de determinada norma de régimen probatorio.

Tratándose de la prueba de peritos conviene recordar la doctrina sostenida por la Corte, en casaciones de 30 de abril de 1942 (LIII, 1984-1985, pág. 391); 11 de diciembre de 1945 (LIX, 2025-2026-2027, pág. 839); 1º de diciembre de 1954 (LXXIX, 2149, pág. 184); 17 de junio de 1960 (XCII, 2225-2226, pág. 954).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha 25 de noviembre de 1960, en el juicio ordinario seguido por Sara Zuluaga Cárdenas frente a Juan Bautista Zuluaga Cárdenas.

I

El litigio.

Ante el Juez Civil del Circuito de Manizales Sara Zuluaga Cárdenas trajo a juicio ordinario a Juan Bautista de sus mismos apellidos, con el pedimento de que se decretase la rescisión por lesión enorme de la venta que la actora otorgó al demandado mediante la escritura pública número 2700 de 31 de diciembre de 1954, de la Notaría 1ª del Circuito de Manizales, por el precio de tres mil pesos ($ 3.000.00), y cuyo objeto lo constituyeron conjuntamente la mitad pro indiviso de un terreno llamado "Buenos Aires" y la totalidad de otro llamado "El Amparo", con todas sus mejoras, ubicados ambos en el paraje de Morrogordo, fracción de La Cabaña, del Municipio de Manizales, y comprendidos por los linderos respectivamente asignados a uno y otro predio en el sobredicho instrumento público. La demandante hizo, además, otras súplicas inherentes a esta especie de acción.

Como *causa* fundamental de su pretensión alegó que, en el día de la referida venta, los bienes sobre que ésta versó tenían un valor de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), existiendo así entre su justo precio y el pactado en el contrato una diferencia constitutiva de enorme lesión (hechos 5º, 6º y 7º).

Como fundamento de *derecho* citó el artículo 1946 y otros del Código Civil.

El demandado contestó negando de los hechos lo primordial, y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas. Separadamente propuso la excepción de cosa juzgada.

La primera instancia, dentro de la cual hubo aducción de pruebas, recibió fallo del Juez 1º Civil del Circuito de Manizales, cuya parte resolutiva contiene las determinaciones de que se

hace aquí el siguiente compendio, guardando el orden de sus respectivos numerales:

1. La demandante sufrió lesión enorme en el referido contrato de compraventa;

2. se decreta la rescisión del mismo contrato y, en consecuencia, se condena al demandado a restituír a la actora todos los bienes que fueron objeto del mismo y que el reo deberá purificar de las hipotecas u otros derechos reales que sobre ellos haya constituído;

3. salvo lo dispuesto en el ordinal sexto, el demandado hará la restitución ordenada al sexto día siguiente al de la ejecutoria de la sentencia;

4. "no procede restitución alguna en relación con la demandante", en virtud de lo expresado en la parte motiva del fallo;

5. el reo está obligado a pagar a la demandante los frutos naturales y civiles que hubieren producido aquellos bienes desde la fecha de la contestación de la demanda hasta que se verifique la restitución ordenada, y cuya liquidación se hará según el artículo 553 del Código Judicial, a menos que el comprador opte por hacer uso del derecho que se le reconoce en el ordinal siguiente;

6. se concede al demandado la opción de consentir en la rescisión decretada o pagar el justo precio de los bienes mencionados, según su tasación pericial, y con deducción de una décima parte sobre aquella fijación;

7. si consintiere en la rescisión del contrato se oficiará a los respectivos Notario y Registrador, para que procedan a cancelar la escritura número 2700 de 31 de diciembre de 1954 y su inscripción, "lo cual se cumplirá una vez verificada la restitución que aquí se ordena", y

8. para los efectos del ordinal sexto, el demandado deberá cumplir su obligación de pagar el precio dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del mismo fallo, so pena de que no haciéndolo se considere que ha optado por la rescisión decretada.

"Costas a cargo del opositor".

Este resumen de la decisión atiende al posterior proveído, aclaratorio de la misma, en el sentido de que en el ordinal octavo (8º), donde se dice "el demandante" hay que leer "el demandado".

Por apelación de ambas partes, definiose el pleito en segundo grado mediante la sentencia del Tribunal de Manizales, de 25 de noviembre de 1960, por la cual se confirma la del inferior, "con la *adición* de que se declara no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandado; y con la *aclaración* de que si el demandado Juan Bautista Zuluaga Cárdenas optare por no consentir en la rescisión, haciendo uso de la facutad que se le concede en la resolutiva 6ª del fallo de primera instancia, deberá pagar a la demandante, Sara Zuluaga Cárdenas, la suma de quince mil setecientos cincuenta pesos ($ 15.750.00) más los intereses legales computados a partir de la contestación de la demanda. El demandado pagará las costas de esta segunda instancia".

Contra este segundo pronunciamiento levantose en casación el demandado, cuyo libelo fue contestado por la parte opositora.

II

La sentencia recurrida.

Luego de extenderse en consideraciones acerca del fin con que el legislador consagró la acción rescisoria por lesión enorme y de sus requisitos propios, el Tribunal considera:

Que "con la copia de la escritura número 2700 de 1954, acompañada a la demanda, queda plenamente establecido que los inmuebles de que se trata fueron vendidos por la demandante al demandado por la suma de $ 3.000.00 moneda legal. Por otra parte, como prueba conducente a la demostración de la lesión enorme, se practicó avalúo pericial de tales inmuebles, en el cual intervinieron como peritos los señores Eduardo Vélez García y Gonzalo Uribe Angel. Ambos conceptuaron de común acuerdo que la mitad proindiviso de uno de los lotes de terreno y el otro predio sobre el cual tenía el pleno dominio la demandante vendedora, tenían en conjunto y en la fecha del contrato un valor total de $ 17.500";

que "el dictamen final de los peritos Vélez García y Uribe Angel reúne las condiciones de suficiente explicación y fundamentación, resulta claro y evidente de la sola lectura del experticio", apreciación ésta en justificación de la cual el sentenciador hace suyos los siguientes conceptos del Juez *a quo,* que estima "ceñidos a la realidad procesal", a saber: "'1) Como ya se advirtió, los señores Vélez García y Uribe Angel son personas suficientemente conocidas como idóneas y responsables en materia de avalúos de tierras, y, como tales, conocedores de todos los factores que inciden en el precio de las propiedades; 2) A través de los conceptos emitidos por ellos, bien puede verse que obraron con diligencia y cuidado, tomando en consideración, no sólo

la calidad y naturaleza de las tierras, los factores determinantes de la erosión de parte de ellas, su extensión superficiaria calculada en relación con los distintos cultivos, su topografía, los cultivos y su edad y producción, la calidad de las construcciones, etc., sino también los medios de comunicación con los centros de consumo, su proximidad a la ciudad de Manizales y su fácil acceso a ella, el aspecto de la fluctuación de la moneda y el movimiento de los precios, etc., todo lo cual lleva a la íntima convicción de que dicho dictamen se ajusta a los más exigentes cánones que regulan esta materia; 3) Finalmente, contribuye a darle mayor fuerza probatoria al dictamen que se examina, el hecho de que los peritos nombrados, según puede verse, actuaron e inspeccionaron las propiedades en varias ocasiones, unas veces individualmente y otras en forma conjunta, para llegar, en últimas, a un acuerdo sobre dicho avalúo' '';

que a la alegación hecha en segunda instancia por el mandatario del demandado, de que no está demostrado que todas esas mejoras existieran al tiempo en que fue celebrado el contrato de compraventa y que, por tanto, le falta al peritazgo el debido fundamento de que habla la ley, ''se puede responder que si los peritos fueron llamados para estimar el valor que pudieran tener los dos inmuebles el 31 de diciembre de 1954, necesariamente fue parte de su labor la investigación de la edad de aquellas mejoras, sin lo cual era imposible que pudieran rendir un dictamen ajustado a la realidad. Y aunque no dijeron de manera explícita que ellas fueron plantadas o edificadas con anterioridad al contrato, sí se deduce que tuvieron en cuenta esta circunstancia, observada por ellos mismos, al verificar el avalúo'', y

que ''para el Tribunal, lo mismo que para el Juzgado del conocimiento, el referido dictamen pericial tiene la calidad de plena prueba respecto del justo precio que en diciembre de 1954 tenían los bienes que fueron objeto del contrato a que se refiere este pleito. De donde resulta que, efectivamente, la señora Sara Zuluaga Cárdenas sufrió lesión enorme en la celebración de ese contrato; y que, en consecuencia, la acción rescisoria incoada en la demanda debe prosperar en las condiciones y con las consecuencias deducidas en la sentencia recurrida''.

III

La impugnación.

Se ataca la sentencia, en el ámbito de la causal primera de casación, bajo el enunciado de ''ser dicha sentencia violatoria de ley sustantiva por violación directa, o por aplicación indebida o por errónea interpretación; por haber incurrido el fallador en error de derecho, y de hecho, dejando de aplicar la ley correspondiente, por no haber apreciado debidamente las pruebas, o dado a éstas un valor jurídico inadecuado, dando lugar al recurso al tenor del artículo 520 del Código Judicial''.

Y al ''puntualizar sus términos, la acusación se concreta al cargo de violación indirecta o final del artículo 1947 del Código Civil, por infracción medio de los artículos 721 y 723 del Código Judicial, en cuanto el juzgador le otorgó al dictamen rendido conjuntamente por los peritos Eduardo Vélez García y Gonzalo Uribe Angel, el valor de plena prueba, sin tenerlo, por carecer de la debida fundamentación. También se alega la infracción directa del artículo 1602 del Código Civil.

Desarrollando la censura, dice el impugnante:

Que si se lee atentamente el dictamen puede verse que los peritos ''se limitaron a establecer el estado en que se encontraban los predios a la fecha de la diligencia, para de allí deducir los montos del avalúo'', lo que fue erróneo, pues no era el estado de los predios, el día 17 de noviembre de 1959 en que se efectuó la diligencia, el que tenían que considerar los peritos, sino que han debido retrotraerse al estado en que debían encontrarse tales bienes, el día 31 de diciembre de 1954, en que se otorgó la escritura número 2700, de la Notaría 1ª de Manizales, contentiva del contrato de compraventa celebrado entre Sara y Juan Bautista Zuluaga Cárdenas;

que ''es de lógica elemental que en los cinco años transcurridos de 1954 a 1959 el estado material de pequeños predios explotados agrícolamente, cambia fundamentalmente. No hay constancia de que los peritos hubieran conocido los predios, y su estado, su agricultura, sus construcciones, etc., en la fecha del contrato de compraventa, ni que se hayan informado por medio de los vecinos o trabajadores de la época, o de avaluadores adecuados y conocedores, para fundamentar su dictamen. No aparecen los avalúos catastrales, ni las constancias de compraventas verificadas en la época en que han debido situarse los peritos, verificadas en las regiones aledañas. Estos son los elementos que los señores peritos han debido demostrar en el juicio que tuvieron en cuenta para fundamentar su dictamen. Se limitaron a decir que se situaban para el avalúo en la fecha de la compraventa, pero los elementos que analizaron para su juicio fueron los de otra época, o sean los existentes en el mo-

mento de la rendición del dictamen. En este instante fue cuando consideraron las construcciones existentes, la agricultura, las mejoras, etc., es decir, lo que en los cinco años transcurridos después de la compraventa había sido creado y modificado por el recurrente. No estudiaron la devaluación, etc.'';

que, así, ''es violatoria la sentencia recurrida porque interpretó los artículos 721 a 723 dándole valor de plena prueba a un dictamen pericial mal fundamentado'', y

que, a causa de ello, no solamente quebrantó por aplicación indebida o errónea el artículo 1947 del Código Civil, sino que violó directamente el artículo 1602, ibídem, según el cual ''todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales''.

IV

La Corte considera:

De la impugnación que antecede, no se desprende cargo alguno consistente en que el sentenciador hubiera visto el dictamen pericial, tergiversando su objetividad misma, esto es, haciéndoles decir a los expertos lo que éstos no dijeron, lo cual implicaría un planteamiento por error de hecho, que es hipótesis ausente del debate. El reparo está simplemente formulado como yerro de valoración, porque el Tribunal otorgó el valor de plena prueba a ese dictamen que, según la censura, no está debidamente fundado, en cuanto los peritos no mostraron los elementos que tuvieran en cuenta para formar su concepto y que han debido ser los pertinentes a la situación en que se encontraban los inmuebles en el día del contrato. Por lo cual, arguye el impugnante que lo avaluado no fueron los bienes tales como eran en la fecha del negocio, sino como vinieron a serlo en el momento de producirse el dictamen, cuya carencia de fundamento impedía acogerlo como prueba, a virtud de lo dispuesto en los artículos 721 y 723 del Código Judicial.

Pero, resulta que antes de este razonamiento del recurrente se encuentra el del sentenciador, para quien los peritos sí entendieron valorar las cosas sujetas al litigio según eran el día 31 de diciembre de 1954 en que se celebró la compraventa. Ciertamente, habiéndose planteado en la segunda instancia, en el alegato de conclusión de la parte demandada, contra el dictamen pericial, el mismo reparo que ahora se ventila lo rechazó el fallador argumentando que ''si los peritos fueron llamados para estimar el valor que pudieran tener los dos inmuebles el 31 de diciembre de 1954, necesariamente fue parte de su labor la investigación de la edad de aquellas mejoras, sin lo cual era imposible que pudieran rendir un dictamen ajustado a la realidad. Y aunque no dijeron de manera explícita que ellas fueron plantadas o edificadas con anterioridad al contrato, sí se deduce que tuvieron en cuenta esta circunstancia, observada por ellos mismos, al verificar el avalúo''.

Si, pues, los peritos, respondiendo a la cuestión que les fue propuesta, manifestaron, en distintos pasajes de su trabajo, estimar los bienes por el valor que les correspondía en diciembre de 1954 —pudiéndose aquí hacer la observación marginal de que en parte alguna del proceso aparece que las plantaciones y edificaciones por ellos tomadas en cuenta no existieran en aquel tiempo o se hubieran realizado posteriormente, cuando antes bien los expertos, respecto de las plantaciones de café dijeron ser de regular edad y de otras tener características de vejez, y de la casa de dos pisos, ser antigua—; y si, por lo demás, hicieron constar las circunstancias causativas de sus conclusiones, como bien lo refiere la sentencia en el examen crítico, cuyos términos se transcribieron atrás, no cabe decir que el dictamen carezca de cimentación.

Que ésta hubiera podido ser rigurosamente detallada respecto de la manera como los peritos se informaron de la situación en que se encontraban los bienes y de su justo precio en el día de la compraventa, no le quita a esa fundamentación su carácter de tal. Entonces, dada ella, compete al juzgador de instancia estimar su suficiencia, porque es ésta un predicamento de hecho, cuyo grado de intensidad y concreción no ha precisado la ley.

Bien sabido es que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, mientras en este recurso no se demuestre que el sentenciador incurrió en error de derecho probatorio o en error de hecho evidente al estimar un medio decisivo en la resolución de la litis, porque fuera de estos casos excepcionales, el recurso extraordinario no admite hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho; y el concepto de error de derecho no comprende cualquier deficiencia en que haya podido incidir el juzgador en la ponderación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique el quebrantamiento de determinada norma de régimen probatorio.

Por eso, tratándose de la prueba de peritos, es doctrina sostenida de la Corte que "el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado, y ésta es condición que aprecia libremente el juzgador y que el Superior no puede variar sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o manifiesto en los autos" (Cas. 30 abril 1942, LIII, 1984-1985, pág. 391; Cas. 11 diciembre 1945, LIX, 2025/26/27, pág. 839; Cas. 1º diciembre 1954, LXXIX, 2149, pág. 184; Cas. 17 junio 1960, XCII, 2225-2226, pág. 954).

Ahora bien, en el caso *sub judice,* en que el dictamen pericial tiene una fundamentación, en cuya inteligencia no se le ha imputado error de hecho al Tribunal, bien pudo éste considerar ese basamento como suficiente, en uso de su poder discrecional de apreciación, para reconocer a tal prueba el carácter de plena, conforme a lo dispuesto por el artículo 721 del Código Judicial, el que, por lo tanto, no resulta violado. Y menos pudo serlo el 723, que se refiere a casos en que la ley deja al juzgador en libertad para apreciar la fuerza probatoria del dictamen pericial.

Entonces, no se da la violación indirecta del artículo 1947 del Código Civil. Ni tampoco la directa del 1602 de la misma obra, por cuanto este último texto sólo mira a los contratos legalmente válidos y no a los nulos o rescindibles por alguna causa legal, como es el caso del contrato en litigio.

No prospera, pues, el cargo.

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 veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos sesenta (1960) proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATO DE ADHESION.—EL CONCURSO DEL 5 Y 6

Prueba del caso fortuito. — La acción u omisión del agente autorizado es la de la empresa a quien jurídicamente representa y obliga. — La reformatio in pejus funda cargo en casación.

1. El acuerdo de voluntades destinado a crear vinculaciones jurídicas en el campo de lo lícito, reviste para las partes contratantes por el artículo 1602 del Código Civil el mismo imperio que la ley, y no puede ser disuelto sino por mutuo disentimiento o por causas legales.

Que el acuerdo se forme por libre discusión entre las partes o porque una de ellas adhiera a cláusulas invariables de ofertas generales de contratación, no hace al fondo mismo de la obligatoriedad, igual en principio para ambas hipótesis, aunque, sin embargo, haya de variar el criterio interpretativo, que por la naturaleza de las cosas debe favorecer a quien adhiere a cláusulas que en forma alguna redactara (1624, ibídem), y a pesar de que por lo común en los contratos por adhesión inciden intereses permanentes de trascendencia social que justifican y exigen la tutela esmerada de organismos en que se manifiesta la intervención del Estado para fines de conveniencia general. De ahí que las ofertas estatutarias de contratación requieran a menudo el visto bueno de autoridad competente.

Supuesta, pues, la regulación oficial de actividades permitidas de atractivo público, como sucede con las reuniones para carreras de caballos en lo que se conoce con el nombre del "Concurso del Cinco y Seis", quien adhiere al sistema mediante el lleno de las condiciones para que su formulario reciba el sello de ingreso al certamen, cumple a cabalidad las obligaciones que como partícipe le incumben, y adquiere con ello el derecho perfecto de exigir que la empresa cumpla por entero las suyas. Primera y principalmente con el ineludible deber de previsión, prudencia y diligencia que asegure a todos y cada uno de los formularios sellados, la finalidad, no menos clara por lo implícita, de obtener el ingreso oportuno al respectivo concurso. Sólo si la empresa probara plenamente causas inevitables que escaparan al control de su voluntad recta, previsora y diligentemente dirigida a la fiel ejecución de su deber jurídico de alcanzar que el formulario sellado ingrese al respectivo concurso, podría descubrirse que el caso fortuito existe y le es liberatorio, con el solo resultado de reembolsar el importe del formulario sellado que no advino al certamen por causas fortuitas.

Esto es lo que con espontaneidad fluye de la cláusula 19 del Reglamento.

Estimó el Tribunal que la facilidad de comunicación por distintas vías entre las ciudades de Bogotá e Ibagué impide configurar el caso fortuito por la sola circunstancia de que las condiciones atmosféricas en la oportunidad que el juicio ventila no dieran margen a que por avión llegaran de aquella ciudad de Ibagué los formularios sellados del Cinco y Seis, puesto que pudieron usarse plausiblemente otros medios eficaces, omitidos por la empresa. Este juicio del sentenciador, adoptado dentro del perímetro de los poderes discrecionales que en derecho le incumben, no aparece reñido con las normas elementales del buen criterio, está, en consecuencia, exento de error de derecho o manifiesto de hecho; permanece incólume en el recurso extraordinario, y en el plano jurídico basta para excluir las condiciones en que el caso fortuito se presenta. Lo cual deja subsistir la responsabilidad del empresario frente al suscriptor. Ni cabría considerar que tal responsabilidad fuese del agente de la empresa y no de la misma como entidad.

2. La acción u omisión del agente autorizado es el hecho de la propia empresa a quien jurídicamente representa y obliga, como cuestión de confianza pública, que nunca entiende negociar con la persona del agente sino con la seriedad y solvencia de la firma que lo diputa en un lugar de la República. Se trata, en efecto, de representaciones auxiliares vinculantes con la

clientela de las organizaciones cuyo renombre y beneficio son encargadas de mantener, y cuya responsabilidad ligan ante el público con plenitud de eficacia en derecho. Otras serán las relaciones entre el agente y la empresa.

3. Habiendo consentido el demandante el fallo de primera instancia, favorable a sus intereses, el Tribunal no podía hacer más gravosa la situación del demandado apelante, pues con ello vulneró el derecho sustancial de que la alzada "se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante" (494, C. J.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiocho (28) de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Fue demandado el Hipódromo de Techo S. A. en vía ordinaria por Hernando Márquez Arbeláez, con súplicas tendientes a obtener el pago de $ 27.547.56 por valor de tres formularios con seis aciertos, y de $ 1.038.00 por valor de cuatro formularios con cinco aciertos, unos y otros en las carreras de caballos correspondientes al concurso quincuagesimotercero del "Cinco y Seis", efectuado el 23 de diciembre de 1956, además de los intereses legales sobre esas cantidades, a partir de la misma fecha, y de las costas del juicio.

En subsidio de la acción contractual, invocó la *de in rem verso*, con apoyo en los artículos 1494, 2286 del Código Civil, 34 de la Ley 57 de 1887 y 8º de la Ley 153 de 1887.

La causa aducida para pedir consistió en que la empresa del Hipódromo de Techo, en su condición de administradora autorizada legalmente del "Concurso del Cinco y Seis", responde por el valor de los premios al tenedor de los formularios favorecidos en las respectivas reuniones, sin embargo, de lo cual no ha satisfecho al demandante por el importe de los aciertos sobre que versa la parte petitoria del libelo.

Se trabó la litis para concluír en primera instancia mediante el fallo del 18 de marzo de 1959, en que el Juez 9º Civil del Circuito de Bogotá decidió:

"1º Condénase a la sociedad mercantil denominada 'Hipódromo de Techo S. A.', domiciliada en Bogotá, a pagar al doctor Hernando Márquez Arbeláez, mayor y vecino de Ibagué, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de $ 25.579.86 moneda corriente, valor de los premios correspondientes a tres formularios con seis aciertos en la reunión hípica correspondiente al 23 de diciembre de 1956, celebrada en el Hipódromo de Techo, de la comprensión distrital de Bogotá.

"2º Condénase igualmente a la sociedad demandada a pagar al demandante, doctor Hernando Márquez Arbeláez, dentro de los seis días subsiguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de $ 1.033.48 moneda corriente, valor de los premios correspondientes a los cuatro formularios con cinco aciertos a que se refiere la demanda y que se acompañaron a la misma, relativos también a la quincuagésima reunión hípica, celebrada en el Hipódromo de Techo el 23 de diciembre de 1956.

"3º Condénase igualmente al Hipódromo de Techo a pagar el damandante, dentro del mismo término señalado para las anteriores condenas, intereses legales desde la fecha de la notificación de la demanda hasta cuando se verifique el pago.

"4º Condénase al demandado al pago de las costas del juicio. Tásense".

El demandante consintió expresamente el proveído, mientras que la empresa introdujo el recurso de apelación, resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 10 de julio de 1962, así:

"1º Confírmase la sentencia apelada con la aclaración de que los intereses legales sólo se deben desde el 28 de diciembre de 1956.

"2º Condénase en las costas del recurso al apelante. Tásense".

Cumple en su oportunidad a la Corte resolver el recurso de casación introducido y sustentado por la parte demandada, y replicado por la actora.

La sentencia acusada.

El sentenciador estimó comprobada la alteración de las condiciones atmosféricas que retardaron el tránsporte aéreo entre Ibagué y Bogotá como accidente previsto en el contrato. "Mas —dice— para reputarlo como causa fortuita eximente de responsabilidad, es necesario que su ocurrencia haya tenido lugar a pesar de la diligencia y cuidado empleados por la parte demandada".

Trae doctrina de la Corte acerca, entre otras cosas, de que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe en todo caso a quien ha debido emplearlos, trátase de culpa contractual o de culpa aquiliana; de que hay presunción de culpa en quien no satisface las obligaciones en el modo y tiempo debidos; de que el deudor puede destruír

esa presunción si prueba fuerza mayor o caso fortuito sobrevinientes sin su culpa y antes de estar constituído en mora. Y después el Tribunal comenta:

"El no haber la empresa previsto, en términos generales, casos de diaria ocurrencia, como el comprobado, y el no haber elegido, como le estaba permitido, un medio de transporte susceptible, en caso de accidente, de ser sustituído oportunamente por otro de igual o distinta naturaleza, pone de presente la ausencia de la diligencia y cuidado con que ha debido actuar".

Después de otras consideraciones corroborantes, dice el fallo:

"La parte demandada se limitó a obtener una constancia en el sentido de que el vuelo de las nueve y treinta de la mañana tuvo una demora de tres horas y cincuenta y cinco minutos, pero dejó de establecer si era el único que podía ser empleado durante el lapso comprendido entre la hora en que quedó en Ibagué clausurada la oportunidad para sellar formularios y aquella en que debían ser entregados en Bogotá. Y si sólo existía ese vuelo de itinerario, no ha debido correr la contingencia de que se demorara y fuera ya imposible ordenar el transporte por vía terrestre.

"El Hipódromo no asumió, por consiguiente, una norma abstracta de conducta anterior al envío de los formularios, verdaderamente cuidadosa, previsiva y diligente.

"De todo lo expuesto se deduce que estuvo acertado el Juzgado al condenar al Hipódromo en los términos suplicados en el libelo, pues si bien puede aceptarse que medió fuerza mayor en el transporte aéreo contratado, no quedó establecida la diligencia y cuidado que exigen, además, la ley y la jurisprudencia para dispensar a la parte demandada de incumplimiento para con el público apostador, y entre éste el demandante, de las obligaciones contraídas al tenor del reglamento".

La acusación.

Comprende cuatro reparos por la causal 1ª, a saber:

I. "Violación por infracción directa del artículo 1602 del Código Judicial (sic), emanada de falta de aplicación de esta norma, e indebida aplicación en parte".

Sobre la base de un contrato entre la empresa y los concursantes del "Cinco y Seis", la demanda de casación destaca estas cláusulas insertas en los respectivos formularios:

"Artículo 17. Al sellar el presente formulario los apostadores se someten sin apelación a este reglamento y al que rige las carreras de caballos...

"Artículo 19. Que en casos de accidentes de transporte aéreo o terrestre u otra causa fortuita que impida llegar a poder de la administración del Hipódromo de Techo S. A., este formulario el día u hora señalada por el Departamento del 5 y 6 para su recepción, tal formulario no entrará en juego, devolviéndose el monto de la apuesta y el valor del formulario, a la presentación del triplicado, sin que haya lugar a reclamación alguna por ningún concepto".

Y alega que como el Tribunal acepta que el transporte aéreo llegó extemporáneamente por razones atmosféricas, hubiera debido reconocer que los formularios cuestionados no podían entrar en juego, con aplicación de la cláusula contractual 19, que no es obra de omnímoda voluntad de la empresa, sino una garantía para los apostadores y para la sociedad, en razón de evitar posibles fraudes.

Dice el recurrente:

"Párese la atención hacia el hecho de que el artículo 19 objetivamente excluye del juego al formulario tardío, cuando el origen de la tardanza es un accidente derivado del transporte aéreo o terrestre u otra causa fortuita, de modo que no exige que el accidente sea fortuito, sino que sea accidente no imputable a la empresa del Hipódromo, porque de lo contrario la cláusula sería potestativa e ineficaz. Sólo si la demora proviene de otra razón diversa al accidente, ésta debe ser fortuita para justificar que el formulario sea excluído".

Y remata en el sentido de que el Tribunal "violó el artículo 1602 del Código Civil, por inaplicación, en cuanto dispone que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y por indebida aplicación en cuanto dice que el contrato no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, porque invalidó de hecho, al no hacerle producir efectos, la misma cláusula, sin causas previstas por la ley".

II. "Violación, por aplicación indebida, del artículo 1604 del Código Civil, en la parte que trata de la prueba de la diligencia y cuidado, como consecuencia de error de hecho en la interpretación del artículo 19 del reglamento del concurso del 5 y 6... así como del artículo 371 del reglamento de carreras...".

"Si se entiende —dice el recurrente— que el Tribunal estimó que el accidente de transporte no fue suficiente para excnerar de responsabilidad al Hipódromo, porque éste no comprobó la diligencia y cuidado que ha debido emplear, se hizo una interpretación objetiva o literal contraria de los textos mencionados de los reglamentos aludidos".

Alega en el sentido de "haber dos motivos para que el formulario no entre en juego: accidente de transporte aéreo o terrestre que impida llegar a poder de la administración del Hipódromo de Techo el formulario el día y hora señalados para su recepción. Y otra causa fortuita que produzca las mismas consecuencias".

Estima que dentro de esa alternativa, "si el Tribunal extendió el requisito de causa fortuita, aun aceptando que equivalga a caso fortuito, al accidente en el transporte aéreo o terrestre y, por tanto, exige la prueba de la diligencia y cuidado o ausencia de culpa, está —dice— interpretando erróneamente la cláusula, que es clara en el sentido de que sólo se exige que la causa sea fortuita, como equivalente a caso fortuito, cuando no se debe el retardo a accidente de transporte".

En este orden de ideas y a través de doctrina de la Corte acerca de que las partes pueden ampliar o atenuar por estipulación la responsabilidad contractual, el recurrente llega a la conclusión de que el sentenciador interpretó erróneamente la cláusula 19, ya referida, "pues le dio un alcance de que carecía gramaticalmente considerada", con lo que en su sentir "incurrió en error evidente de hecho".

De donde desprende la alegada violación del artículo 1604 del Código Civil, en cuanto el Tribunal exigiera la prueba de que el caso fortuito no sobrevino por culpa del Hipódromo, cuando bastaba la prueba del accidente en el transporte aéreo, que la sentencia da por sentado.

III. Infracción directa por falta de aplicación del mismo artículo 1604 del Código Civil, "en cuanto establece que el caso fortuito que no se debe a culpa del deudor produce la liberación de éste"; y violación por aplicación indebida del artículo 63, ibídem.

"Ambas violaciones —dice el recurrente— son consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas sobre la diligencia y cuidado empleados por el demandado en la conducción de los formularios de Ibagué a Bogotá el 23 de diciembre de 1956".

Alude a la copia de la remesa expedida por Avianca en tal fecha, a consecuencia de que en las primeras horas de la mañana de ese día el sellador de Ibagué depositó allí los formularios para su conducción a Bogotá; a la declaración de Julio C. Rodríguez; a que la empresa transportadora informó que el vuelo 790 debía salir de Ibagué el 23 de diciembre de 1956 a las nueve y treinta de la mañana, pero que tuvo una demora de tres horas y cincuenta y cinco minutos a causa de las adversas condiciones atmosféricas, por lo que el avión aterrizó en Bogotá a las dos y un minuto; a que en la inspección ocular de segunda instancia "se comprobó con datos meteorológicos oficiales que en Bogotá hubo densa niebla en la fecha aludida en las horas de vuelo"; a que el transporte por avión es el que ofrece "mayores seguridades, no sólo por la rapidez sino por la integridad de los pliegos y documentos transportados", y añade:

"Sin embargo, el Tribunal considera que la empresa demandada no comprobó su diligencia y cuidado en el envío de los formularios", cuando en sentir del recurrente aquellas probanzas "combinadas permiten inferir la diligencia y ciudado puestos por 'Hipotecho' ", o sea —dice— "que si el Tribunal las hubiera apreciado en relación con la ausencia de culpa habrían demostrado que el caso fortuito admitido por el Tribunal no fue ocasionado por culpa de la parte demandada. En vez de hacer esta apreciación —agrega— el Tribunal estima que la remisión debería haberse realizado la víspera por la noche y por vía terrestre, lo cual es contrario con la conducta de persona prudente y diligente situada en las mismas circunstancias externas de 'Hipotecho' ".

IV. Infracción directa por falta de aplicación del artículo 494 del Código Judicial, por cuanto el sentenciador reformase *in peius* el fallo de primera instancia, habida cuenta de que sólo apeló la parte demandada, y se le empeoró la condena puesto que los intereses legales se pusieron a correr desde el 28 de diciembre de 1956, en lugar del 12 de octubre de 1957, según el fallo de primer grado, consentido por el actor.

Se considera:

1. El acuerdo de voluntades destinado a crear vinculaciones jurídicas en el campo de lo lícito, reviste para las partes contratantes por el artículo 1602 del Código Civil el mismo imperio que la ley, y no puede ser disuelto sino por mutuo disentimiento o por causas legales.

Que el acuerdo se forma por libre discusión entre las partes o porque una de ellas adhiera a cláusulas invariables de ofertas generales de con-

tratación, no hace al fondo mismo de la obligatoriedad, igual en principio para ambas hipótesis, aunque, sin embargo, haya de variar el criterio interpretativo, que por la naturaleza de las cosas debe favorecer a quien adhiere a cláusulas que en forma alguna redactara (1624, ibídem), y a pesar de que por lo común en los contratos por adhesión inciden intereses permanentes de trascendencia social que justifican y exigen la tutela esmerada de organismos en que se manifiesta la intervención del Estado para fines de conveniencia general. De ahí que las ofertas estatutarias de contratación requieran a menudo el visto bueno de autoridad competente.

2. Supuesta, pues la regulación oficial de actividades permitidas de atractivo público, como sucede con las reuniones para carreras de caballos en lo que se conoce con el nombre del "Concurso del Cinco y Seis", quien adhiere al sistema mediante el lleno de las condiciones para que su formulario reciba el sello de ingreso al certamen, cumple a cabalidad las obligaciones que como partícipe le incumben, y adquiere con ello el derecho perfecto de exigir que la empresa cumpla por entero las suyas. Primera y principalmente con el ineludible deber de previsión, prudencia y diligencia que asegure a todos y cada uno de los formularios sellados la finalidad, no menos clara por lo implícita, de obtener el ingreso oportuno al respectivo concurso. Sólo si la empresa probara plenamente causas inevitables que escaparan al control de su voluntad recta, previsora y diligentemente dirigida a la fiel ejecución de su deber jurídico de alcanzar que el formulario sellado ingrese al respectivo concurso, podría descubrirse que el caso fortuito existe y le es liberatorio, con el solo resultado de reembolsar el importe del formulario sellado que no advino al certamen por causas fortuitas.

3. Esto es lo que con espontaneidad fluye de la cláusula 19 del reglamento, cuando dice:

"... en los casos de accidente de transporte aéreo o terrestre u otra causa fortuita que impida llegar a poder de la administración del Hipódromo de Techo S. A. este formulario el día u hora señalados por el Departamento del 5 y 6 para su recepción, tal formulario no entrará en el juego, devolviéndose el monto de la apuesta y el valor del formulario a la presentación del triplicado correspondiente...".

4. Estimó el Tribunal que la facilidad de comunicación por distintas vías entre las ciudades de Bogotá e Ibagué impide configurar el caso fortuito por la sola circunstancia de que las condiciones atmosféricas en la oportunidad que el juicio ventila no dieran margen a que por avión llegaran de aquella ciudad de Ibagué los formularios sellados del cinco y seis, puesto que pudieron usarse plausiblemente otros medios eficaces, omitidos por la empresa. Este juicio del sentenciador, adoptado dentro del perímetro de los poderes discrecionales que en derecho le incumben, no aparece reñido con las normas elementales del buen criterio, está, en consecuencia, exento de error de derecho o manifiesto de hecho; permanece incólume en el recurso extraordinario, y en el plano jurídico basta para excluír las condiciones en que el caso fortuito se presenta. Lo cual deja subsistir la responsabilidad del empresario frente al suscriptor, como fue declarada por el Tribunal.

5. Ni cabría considerar que tal responsabilidad fuese del agente de la empresa y no de la misma como entidad. Así se olvidaría que la acción u omisión del agente autorizado es el hecho de la propia empresa a quien jurídicamente representa y obliga, como cuestión de confianza pública, que nunca entiende negociar con la persona del agente sino con la seriedad y solvencia de la firma que lo diputa en un lugar de la República. Se trata, en efecto, de representaciones auxiliares vinculantes con la clientela de las organizaciones, cuyo renombre y beneficio son encargadas de mantener, y cuya responsabilidad ligan ante el público con plenitud de eficacia en derecho. Otras serán las relaciones entre el agente y la empresa.

6. Cuanto al reparo concerniente a la *reformatio in peius* en que el Tribunal incurriera, la acusación aparece fundada y debe prosperar.

El demandante consintió el fallo de primera instancia que en su favor condenaba al pago de intereses legales desde el 12 de octubre de 1957, día siguiente al de la notificación de la demanda, y, sin embargo, el Tribunal hizo más gravosa la situación de la demandada apelante, cuando señaló el 28 de diciembre de 1956 como fecha inicial para el cómputo de la misma prestación. Con lo que vulneró el derecho sustancial de que la alzada "se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante" (494, C. J.).

Por lo que el fallo es casable en este sentido, y no se predica la condenación en costas del recurso extraordinario.

RESOLUCION:

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

por autoridad de la ley, *casa* la sentencia proferida en el presente litigio el día 10 de julio de 1962 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y *confirma* la de primera instancia que con fecha 18 de marzo de 1959 expidió el Juez 9º Civil del Circuito de Bogotá, para que obre en estos términos:

"1º Condénase a la sociedad mercantil denominada 'Hipódromo de Techo S. A., domiciliada en Bogotá, a pagar al doctor Hernando Márquez Arbeláez, mayor y vecino de Ibagué, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia (auto de obedecimiento), la cantidad de veinticinco mil quinientos setenta y nueve pesos con ochenta y seis centavos ($ 25.579.86) moneda corriente, valor de los premios correspondientes a tres formularios con seis (6) aciertos en la reunión hípica correspondiente al veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), celebrada en el 'Hipódromo de Techo', de la comprensión distrital de Bogotá;

"2º Condénase igualmente a la sociedad demandada a pagar al demandante, doctor Hernando Márquez Arbeláez, dentro de los seis días subsiguientes a la ejecutoria de esta sentencia (auto de obedecimiento), la suma de un mil treinta y tres pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 1.033.48) moneda corriente, valor de los premios correspondientes a los cuatro formularios con cinco (5) aciertos a que se refiere la demanda y que se acompañaron a la misma, relativos también a la quincuagésima reunión hípica, celebrada en el Hipódromo de Techo el veintitrés (23) de diciembre de mi novecientos cincuenta y seis (1956);

"3º Condénase igualmente al 'Hipódromo de Techo' a pagar al demandante, dentro del mismo término señalado para las anteriores condenas, intereses legales desde 'el 12 de octubre de 1957 hasta cuando se verifique el pago'.

Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada".

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DIFERENCIAS ENTRE LA TENENCIA Y LA POSESION

No hay incongruencia cuando el fallador decreta la restitución por negar al demandado-poseedor la calidad de tenedor alegada en su defensa. — En reivindicación es deber del actor probar la posesión del demandado. — En la violación directa de la ley no procede el estudio de pruebas. — Qué supone la aplicación indebida de la ley.

1. No es posible la prosperidad del cargo por incongruencia. En este juicio reivindicatorio, la defensa desde un principio se encaminó a negar la calidad de poseedor del demandado, y no solamente en orden a paralizar dilatoriamente el litigio, sino para hacer definitivamente imprόspera la acción. La negación de la calidad de poseedor se hizo en la contestación de la demanda y la sentencia de segunda instancia al definir que el demandado es poseedor y condenarlo, en consecuencia, a la restitución, resolvió sobre la pretensión de éste oportunamente deducida al juicio. Otra cosa es que la solución de la controversia no le hubiera sido favorable. En la discusión entre quien afirma su calidad de dueño e inicia la acción reivindicatoria frente a quien señala como poseedor, esta calidad constituye uno de los elementos integrantes de la acción misma, de modo que la solución del caso supone, por definición legal, el estudio de la posesión de quien se señala como demandado y, si vistas las pruebas, el fallador tuvo al demandado como poseedor, definió no ser tenedor, y esta defensa propuesta por él quedaba oportunamente resuelta. La afirmación de la calidad de poseedor es negativa de la de mero tenedor.

2. Toca al actor del juicio probar los elementos que constituyen o integran la acción. En principio toda afirmación debe probarse. En las acciones reivindicatorias el demandante debe demostrar, entre otras cosas, la posesión del demandado. La afirmación de éste de ser simple tenedor no exonera al demandante de la carga de probar la posesión; podría determinar tal negativa, que llevaría en sí la aseveración de una calidad distinta, el deber de contraprobar la defensa configurativa de una excepción, sin que pueda el fallador darle valor definitivo por la sola afirmación del demandado, como no puede tener por poseedor a éste porque así lo diga el demandante. El debate judicial supone la demostración de las calidades que se afirman en la demanda y en la réplica.

3. Si se compara el contenido de los artículos 775 y 787 del Código Civil, claramente se concluye la diferencia entre la mera tenencia y la posesión, cuestión que descansa en el ánimo de dueño, ausente en la tenencia e indispensable en la posesión. El ánimo de dueño decide si se trata de posesión o de tenencia. Aquí cabe recordar lo dicho por la Corte en relación con quien ocupa pero niega tener ese ánimo (XLII. 2048, 366. Cas. 14 de mayo de 1947).

El problema consiste, en el orden teórico, en diferenciar la posesión de la tenencia y, en lo práctico, dadas las manifestaciones exteriores de la relación posesoria, determinar de qué depende que haya posesión o tenencia. El ánimus es cuestión de fuero interno del individuo y, si con afirmar que no lo tiene, pudiera matarse la acción reivindicatoria, no obstante la prueba de la posesión, la acción de dominio sería ilusoria. De donde resulta que definir si el demandado es poseedor o tenedor es una cuestión de hecho.

4. En el cargo por violación directa la Corte no puede hacer estudio alguno de pruebas, sino tener la apreciación del fallador como cierta.

5. La aplicación indebida supone que, sin embargo, de tener el fallador por demostrada una determinada cuestión litigiosa, no le aplicó la norma que esa situación regula. Es una cuestión de relación entre el hecho y la ordenación jurídica.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

Eudoro Rodríguez Hernández, en libelo de 24 de julio de 1959, inició este juicio reivindicatorio e indicó como demandado a Doroteo de Jesús Aguilar. Como título de dominio presentó la escritura pública número 78 de 22 de enero de 1951. Señaló al demandado como poseedor y singularizó el inmueble, que es parte de mayor extensión, por los linderos que en la demanda se determinan.

Solicitó el demandante se condene al poseedor al pago de los frutos percibidos en el tiempo comprendido entre el 13 de marzo de 1955 y la fecha en que se le entregue el fundo al demandante. Igualmente pidió el pago de perjuicios por la desvalorización sufrida por el inmueble en poder del demandado y el de las costas del juicio.

Los hechos de la demanda afirman, en síntesis, lo siguiente:

Que desde el 22 de enero de 1951 hasta el 13 de marzo de 1955 el demandante estuvo en quieta, total, pacífica y no interrumpida posesión del inmueble; que desde el 13 de marzo de ese año (1955), el demandado tomó la posesión del globo de terreno a que se refiere la petición primera de la demanda, "haciendo pública manifestación de su ánimo de señor y dueño por actos propios al efecto, como la ocupación misma, la tala de árboles, la preparación de tierras para sembrar, la siembra, cultivo de sementeras y recolección de cosechas; el encerramiento, la formación de potreros y aprovechamiento de los pastos con sus ganados, etc., todo ello, como se dijo, para su exclusivo beneficio"; que durante el tiempo en que el demandado ha estado en posesión del inmueble, el demandante ha dejado de percibir los frutos; y que el inmueble ha sufrido considerables deterioros que lo han desvalorizado.

En su contestación el demandado manifestó oponerse a que se hagan las peticiones por el demandante solicitadas, afirmando "no ser jurídicamente sujeto pasivo de la controversia planteada", ya que el inmueble lo tiene "no con ánimo de señor y dueño sino a nombre del señor Senén Sánchez", lo cual explica así:

"Al segundo. No es cierto. Lo acaecido fue lo siguiente: por escritura pública número 611, de fecha 22 de julio de 1953, pasada ante el Notario Primero de esta ciudad, Eudoro Rodríguez Hernández se constituyó deudor de Senén Sánchez por la suma de tres mil quinientos pesos moneda corriente ($ 3.500.00), recibidos a título de mutuo. Según reza el contrato, para compensar los intereses que dicha suma pudiera devengar, Eudoro Rodríguez Hernández le entregó, real y materialmente, a Senén Sánchez la totalidad del inmueble que había adquirido por compra a Francisco Castro Núñez y esposa, según escritura número 78, de fecha 22 de enero de 1951, de la Notaría Primera de este Circuito. Posteriormente, el 13 de marzo de 1955, Senén Sánchez, encontrándose en graves dificultades económicas, solicitó a su amigo Doroteo de Jesús Aguilar en préstamo la suma de ochocientos pesos moneda corriente ($ 800.00), ofreciéndole como garantía del préstamo, y para que con su producido se pagara de los intereses respectivos, la tenencia del inmueble a que se refieren las súplicas de la demanda, y que forma parte del que recibió de Eudoro Rodríguez Hernández en virtud del contrato de mutuo-anticrédito antes indicado. Aceptado el negocio, Doroteo de Jesús Aguilar entregó en préstamo a Senén Sánchez la suma de ochocientos pesos ($ 800.00) moneda corriente, y recibió de éste, en forma voluntaria, espontánea, para que con el usufructo se pagara de los intereses, el inmueble trabado. No es cierto, de consiguiente, que mi mandante se haya incausado el bien, ni menos que haya hecho pública manifestación de su ánimo de señor y dueño. Todo lo contrario, como lo ha venido haciendo, manifiesta ahora mi poderdante, en forma expresa, que él no tiene el bien con ánimo de señor y dueño, sino a nombre de Senén Sánchez, de quien lo recibió a título de anticresis y como garantía del préstamo referido. En cuanto a que mi mandante haya venido ocupando el inmueble y se haya aprovechado de sus frutos, ello es cierto; es la consecuencia jurídica del pacto celebrado con Sánchez".

La primera instancia del juicio terminó con la absolución del demandado. Para el Juzgado no se demostró la calidad de poseedor de éste.

Conoció de la segunda instancia del juicio el Tribunal Superior de Tunja, por apelación interpuesta por el demandante. Esa entidad revocó el fallo del Juzgado y declaró que el actor es dueño del terreno objeto del litigio; ordenó la restitución y condenó al demandado al pago de los frutos del inmueble a partir de la fecha de la contestación de la demanda, regulación que ordenó hacer de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial, y al pago de las costas del juicio.

De esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, desfavorecida en la segunda instancia.

La sentencia del Tribunal.

Funda el fallador su razonamiento en que a pesar de que el demandado al contestar el libelo manifestó que tenía el inmueble en virtud de un contrato de anticresis celebrado con Senén Sánchez, quien a su vez lo recibió en la misma calidad de Eudoro Rodríguez Hernández, no aparece en el expediente prueba alguna de la existencia del contrato celebrado entre el demandado Doroteo de Jesús Aguilar y Senén Sánchez.

"Bien se sabe —dice el Tribunal—, que la posesión, en sentido jurídico, implica la existencia de un elemento subjetivo, o sea el ánimo de mantener la cosa con espíritu de señor y dueño. ¿Pero bastará con la afirmación que en este sentido haga quien mantiene el bien para que el Juez acepte ciegamente que ese elemento existe o no existe? No, en manera alguna. Si ello fuera así se daría cabida a muchas posibilidades para burlar la efectividad de los derechos y hacer írrita la consecuencia de los juicios, reivindicatorios y posesorios. El funcionario es quien debe deducir si hay o no posesión en determinada situación concreta, y en consideración a las pruebas sobre hechos que la configuran. Desde luego, es difícil precisar los linderos donde se inicia el ánimo de poseedor, lo cual queda al arbitrio del funcionario".

Observa el fallador que el demandante Eudoro Rodríguez pagó a su acreedor anticrético la cantidad que le debía y que determinó el contrato de contragoce. Anota que el actor de este juicio no ha obtenido la entrega del bien dado en anticresis, que es el mismo que está en poder de Doroteo Aguilar. Analiza las pruebas que fundamentan ese aserto, y al referirse a las que dan fe de que Senén Sánchez "trató de readquirir la posesión de su deudor (sic) anticrético", sostiene que a despecho de haberse declarado, en el juicio correspondiente, prescrita la acción posesoria por haberse iniciado fuera del tiempo que la ley señala para esa clase de procedimientos, indica esa acción que el demandante acreditó la calidad de poseedor de Doroteo de Jesús Aguilar, "toda vez que los juicios posesorios exigen como presupuesto especial el acompañar con la demanda la prueba de la posesión del demandado". "El mismo —sostiene el fallo de instancia—, desde la propia iniciación del juicio, no niega ese hecho. Sólo agrega que no lo posee sino que apenas tiene la tenencia de él".

El recurso de casación.

La demanda de casación contiene varios cargos. De conformidad con el artículo 537 del Código Judicial, se estudiarán primeramente los que forman el Capítulo 3º de la demanda de impugnación. Se acusa la sentencia con fundamento en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, "por no haber decidido sobre la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, oportunamente invocada por el apoderado del demandado. De conformidad con el artículo 215 del Código Judicial, ha debido tramitarse el incidente respectivo y, en su defecto, resolver sobre dicha excepción que tiene el carácter de perentoria temporal, en la parte resolutiva del fallo. Al no hacerlo así la sentencia resulta incongruente con la pretensión del demandado y en sentencia de instancia deberá declararse probada.

"En forma subsidiaria a la anterior, invocó la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, por haberse dictado la sentencia en el negocio de la referencia, afectada de nulidad prevista por el numeral 1º del artículo 448 del dicho Código".

Por modo que, según el planteamiento de la demanda, la sentencia es incongruente por no haberse dado aplicación a artículo 215 del Código Judicial, o por no haberse decidido en la sentencia definitiva sobre la dicha excepción, que para el efecto debió tenerse como perentoria temporal. Mas si ni lo uno ni lo otro prospera, debe declararse la nulidad del juicio, por pretermisión de sus formalidades propias determinantes de la nulidad por incompetencia de jurisdicción, que en cargo subsidiario propone el recurrente impropiamente.

La Corte considera:

No es posible la prosperidad del cargo por incongruencia. La defensa desde un principio se encaminó a negar la calidad de poseedor del demandado, y no solamente en orden a paralizar dilatoriamente el litigio, sino para hacer definitivamente impróspera la acción. La negación de la calidad de poseedor se hizo en la contestación de la demanda y la sentencia de segunda instancia al definir que el demandado es poseedor, y condenarlo, en consecuencia, a la restitución, resolvió sobre la pretensión de éste oportunamente deducida al juicio. Otra cosa es que la solución de la controversia no le hubiera sido favorable. En la discusión entre quien afirma su calidad de dueño e inicia la acción reivindicatoria frente a quien señala como poseedor, esta

calidad constituye uno de los elementos integrantes de la acción misma, de modo que la solución del caso supone, por definición legal, el estudio de la posesión de quien se señala como demandado y, si vistas las pruebas, el fallador tuvo al demandado como poseedor, definió no ser tenedor, y esta defensa, propuesta por él, quedaba oportunamente resuelta. La afirmación de la calidad de poseedor es negativa de la de mero tenedor.

Ni el llamado cargo subsidiario es procedente. La competencia del juzgador para resolver del juicio le está legalmente atribuída. No hubo pretermisión de formalidades, y en plenitud procesal encontró el fallador probada la posesión del demandado, según prueba presentada por el actor y negada por aquél al replicar la demanda.

Los otros cargos.

Primero. Por violación directa de los artículos 762, 775, 946, 952 y 953 del Código Civil, "por interpretación equivocada de su contenido, independientemente de la cuestión de hecho que se trataba de regular. Con el mismo fundamento legal acuso el precitado fallo por haber pretermitido por falta de aplicación las normas sustantivas contenidas en los artículos 2458, 2459, 2460, 2463, 1988 y 2467 del Código Civil".

La primera parte del cargo la explica el recurrente afirmando que el error del Tribunal consistió en quitarle efecto jurídico a la afirmación del demandado "en relación con la existencia o inexistencia del elemento subjetivo de la posesión, que queda al arbitrio del juzgador determinarlo, y por eso hace improcedente la condena.

"....

"A la creencia de una persona de ser dueña de una cosa —*animus tenendi*— le otorga la ley el valor de elemento específico de la posesión: si tiene la cosa y no reconoce el carácter de dueño de ella a otra persona, la ley la considera poseedora, y en desarrollo de la máxima *beatus in iure qui possited*, le da carácter también de presunto dueño, y el dominio podrá discutirse entre quienes por su manifestación lo reclaman sobre el mismo bien; si manifiesta su creencia de no ser dueño, si tiene la cosa y reconoce el carácter de dueño de ella en otra persona, es considerada como mera tenedora, no podrá por sí sola cambiar el título de su tenencia, y a nada conducirá discutir con ella un dominio que no reclama. Para calificar una tenencia de mera, dice el señor Vélez en su comentario al artículo 775 del Código Civil, se requiere establecer determinantemente la ausencia del ánimo de dueño en el tenedor, es decir —añade— se requiere que éste reconozca que el dominio de la cosa que tiene pertenece a otro".

En la segunda parte de la censura se afirma que "el acreedor anticrético puede dar, a su vez, parte del inmueble en anticresis a un tercero, como ocurre con el subarriendo, pues es esta una manera de obtener frutos para imputarlos a los intereses o al capital...".

"Resulta entonces que mientras el contrato de anticresis esté vigente, el deudor no podrá pedir la restitución de la cosa, y el acreedor está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario relativamente a la conservación de ella. Entre las cuales está la de perseguir a su propio nombre el derecho contra terceros que no pretenden derecho al inmueble dado en anticresis, sino que por vías de hecho turban su disfrute".

Segundo. "Acuso la sentencia —sigue la demanda— por estimarla violatoria de manera indirecta de los artículos 946, 952, 762, 775 y 1517 del Código Civil, 1768 y 1769 de la misma obra, como consecuencia de la indebida aplicación de los artículos 604 y 606 del Código Judicial, y consiguiente error de derecho en atribuírle a las posiciones absueltas por el demandado Doroteo de Jesús Aguilar un valor que legalmente no les corresponde".

La Corte considera:

1º Toca al actor del juicio probar los elementos que constituyen o integran la acción. En principio toda afirmación debe probarse. En las acciones reivindicatorias el demandante debe demostrar, entre otras cosas, la posesión del demandado. La afirmación de éste de ser simple tenedor no exonera al demandante de la carga de probar la posesión; podría determinar tal negativa, que llevaría en sí la aseveración de una calidad distinta, el deber de contraprobar la defensa configurativa de una excepción, sin que pueda el fallador darle valor definitivo por la sola afirmación del demandado, como no puede tener por poseedor a éste porque así lo diga el demandante. El debate judicial supone la demostración de las calidades que se afirman en la demanda y en la réplica.

Si se compara el contenido de los artículos 775 y 787 del Código Civil, claramente se concluye la diferencia entre la mera tenencia y la posesión, cuestión que descansa en el ánimo de dueño, ausente en la tenencia e indispensable en la posesión. El ánimo de dueño decide si se trata de

posesión o de tenencia. "Si quien ocupa —ha dicho la Corte— niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si ésa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento, sin el cual, como queda dicho, no pueda reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando en ella actos que, vistos en sí, se supongan posesorios. De otro lado, si a esa apariencia se atribuyera, desde luego, esa calidad, si esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con esta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligrosos para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión". (XLII, 2048, 366. Cas. 14 de mayo de 1947).

El problema consiste, en el orden teórico, en diferenciar la posesión de la tenencia y, en lo práctico, dadas las manifestaciones exteriores de la relación posesoria, determinar de qué depende que haya posesión o tenencia. El ánimus es cuestión de fuero interno del individuo, y si con afirmar que no lo tiene pudiera matarse la acción reivindicatoria, no obstante la prueba de la posesión, la acción de dominio sería ilusoria. De donde resulta que definir si el demandado es poseedor o tenedor es una cuestión de hecho. Para el fallador el demandante probó que el demandado es poseedor del bien que se reivindica. En el cargo por violación directa la Corte no puede hacer estudio alguno de pruebas, sino tener la apreciación del fallador como cierta, y como las normas sobre reivindicación fueron aplicadas partiendo del supuesto de la posesión, el cargo en casación es ineficaz.

2. La aplicación indebida supone que, sin embargo, de tener el fallador por demostrada una determinada cuestión litigiosa, no le aplicó la norma que esa situación regula. Es una cuestión de relación entre el hecho y la ordenación jurídica. El Tribunal al afirmar la posesión del demandado, en virtud de las pruebas del juicio, negó la existencia del contrato de anticresis y, entonces, mal podría aplicar al caso del pleito disposiciones que se refieren a este contrato. Por tal razón el cargo es improcedente.

3. En cuanto a la violación indirecta por "indebida aplicación de los artículos 604 y 606 del Código Judicial, y consiguiente error de derecho en atribuír a las posiciones absueltas por Doroteo Jesús Aguilar un valor que legalmente no les corresponde", lo que según el recurrente determinó la violación de los artículos 946, 952, 762, 775 y 1517 del Código Civil, es suficiente considerar que no sólo fue esa prueba la que el fallo tuvo en cuenta; más aún, que esas posiciones sólo fueron analizadas como complemento de las otras pruebas que estimó como decisorias, entre ellas los testimonios de Senén Sánchez y Delfina Sánchez. Siendo varios los soportes probatorios, para el éxito del cargo es preciso dirigir el ataque contra todas las pruebas y fundamentarlo adecuadamente.

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 en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta (1960), en el ordinario de Eudoro Rodríguez Hernández frente a Doroteo de Jesús Aguilar.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CASACION

La Corte no puede suplir las deficiencias de la demanda.

Tenaz ha sido la Corte en recordar a los litigantes cuáles son las condiciones estructurales indispensables en la demanda de casación, entre ellas la de señalar e individualizar cada uno de los textos legales que se consideren violados, indicando el concepto de esa violación. Si se trata de errores en la apreciación de la prueba, por cuya causa se ha producido agravio a la ley sustancial, es necesario, además de calificar el error, indicar con toda precisión las normas vulneradas por el sentenciador de instancia.

No puede la Corte suplir las deficiencias de la demanda de casación, ni suponer cuáles, de una serie de disposiciones citadas en conjunto, fueron quebrantadas por el Tribunal al caer en cada uno de los errores determinados en la demanda. No hay, pues, en sentido estricto, demanda de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

Se decide el recurso de casación propuesto por José Noel Crisales en el juicio de reivindicación adelantado frente a Ana Rosa López, y en relación con la sentencia de 7 de noviembre de 1960, pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira.

Antecedentes.

José Noel Crisales y Ana Rosa López celebraron matrimonio católico el 29 de enero de 1921.

En 1948, entre Crisales y López se adelantó un juicio de separación de bienes, que culminó con la adjudicación a ésta de una parte de mejoras plantadas en un lote de terreno ubicado en la región de "El Alto de Colombia".

En 1955 se protocolizó en la Notaría 2ª de Pereira el juicio de sucesión de Fortunato Crisales y Crispina Arenas, por medio de la escritura 1755 de 22 de noviembre, juicio en el que se adjudicó al demandante todo el lote de terreno situado en "El Alto de Colombia", y comprendido por los linderos a que se refiere el punto tercero de la demanda. En este juicio de sucesión se le adjudicó a la demandada otro lote de terreno para compensar el valor de las mejoras de su propiedad que habían sido adjudicadas en el juicio de liquidación de la sociedad conyugal y que, por efecto de la partición en el juicio de sucesión quedaron, junto con el terreno, adjudicadas al demandante Crisales.

Esta partición no fue aceptada por la demandada López, negándose a entregar a su marido José Noel Crisales el inmueble, afirmando ser dueña del terreno, no sólo por la adjudicación que se le hizo en el juicio de separación de bienes, sino también por haberlo poseído, sin ninguna interrupción, por más de veinte años.

El juicio.

Estos antecedentes sirvieron de fundamento a la acción de reivindicación presentada por José Noel Crisales frente a Ana Rosa López en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira, y también a la demanda de reconvención de ésta contra aquél, en solicitud de declaración de dominio o de reconocimiento y pago del valor de las mejoras por ella plantadas.

La primera instancia del juicio terminó con la sentencia de 26 de junio de 1958, que denegó las peticiones hechas por José Noel Crisales y Ana Rosa López, así en la demanda principal como en la de reconvención, y, en consecuencia, absolvió a los demandados de los cargos que recíprocamente se formularon.

Esta sentencia fue apelada por el actor del juicio, y el Tribunal de Pereira, en sentencia de

7 de noviembre de 1960, confirmó la de primer grado, con costas a cargo del recurrente, quien interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

La sentencia acusada.

Fundamento de la sentencia del Tribunal es el de que el demandante no presentó para demostrar su dominio el título de sus causantes, por ser los actos de partición simplemente declarativos. "Por esta razón el heredero que pretenda demostrar derecho de dominio sobre los bienes que ha recibido por herencia, no le basta aducir la sola hijuela, aun cuando en ella se citen los títulos de propiedad, con sus respectivas notas de registro, por medio de las cuales adquirió el causante esos bienes. Debe presentar los títulos del causante sobre los bienes relictos acompañados del respectivo certificado de tradición en la forma prevista en el artículo 635 del Código Judicial. Y es apenas razonable que esto debe ser así, porque la sola declaración de dominio que se contiene en el acto de partición no puede tenerse como prueba de aquél, porque ella no tiene como presupuesto la demostración de la existencia de tal derecho. La ley no exige plena comprobación de que los bienes inventariados pertenezcan al causante: basta a este respecto la sola afirmación del heredero".

La demanda de casación.

Dos cargos presenta el recurrente contra la sentencia acusada.

Es el primero, el de ser violatoria de la ley sustantiva "por interpretación errónea de la prueba, siendo un error de hecho manifiesto en los autos".

Con el intento de respaldar su alegación dice el recurrente "que en tratándose de bienes inmuebles, como en el caso de autos, se prueba el dominio con la escritura pública debidamente registrada. Mientras ese registro no se cancele la posesión inscrita permanece en cabeza del adquirente. Si estos presupuestos son aplicativos, entonces debió reconocerse el valor probatorio de la escritura 1755 de 22 de noviembre de 1955 y sus registros, por medio de la cual José Noel Crisales Arenas obtuvo el dominio o propiedad del bien discutido, y los otros títulos registrados que obran en autos, tales como la 343 y 351 de 1916 y 1907, en su orden respectivo. No se hizo así y, por tanto, hubo interpretación errónea por falta de apreciación de la prueba documental".

El segundo cargo es por incongruencia, y está redactado así:

"La sentencia acusada no está ajustada a las pretensiones aducidas por mi mandante, pues adolece a la más absoluta consonancia (sic), y las razones son: a) El haber probado la propiedad o dominio por parte de Crisales sobre el bien; b) El haber existido concomitancia entre el bien demandado y ocupado por la demandada; c) El haber habido identidad en el objeto o bien demandado y el poseído por Ana Rosa López; ch) El haber probado que el bien es un objeto singular o porción de tierra y sus mejoras".

En ninguno de los cargos cita el recurrente las disposiciones que en su sentir quebrantara el Tribunal por causa de los errores enunciados. Mas para buscarle algún fundamento a la demanda, concluyó, como en instancia, de esta manera:

"Que como consecuencia de la infracción del fallo acusado, la honorable Corte se pronuncie sobre el particular, dictando la providencia respectiva.

"Derecho: artículos 669, 1618, 2580, 2595 y pertinentes del Código Civil Colombiano.

"Procedimiento: artículos 520, ordinales 1º y 2º; 530, 531, 532, 533 y pertinentes del Código Judicial.

"Estas disposiciones antes citadas son prudentes para la sustentación legal del recurso, en consonancia con el artículo 630 y siguientes del Código Judicial, sobre cuyas bases respaldo en forma legal esta demanda de casación".

La Corte considera:

Tenaz ha sido la Corte en recordar a los litigantes cuáles son las condiciones estructurales indispensables en la demanda de casación, entre ellas la de señalar e individualizar cada uno de los textos legales que se consideren violados, indicando el concepto de esa violación. Si se trata de errores en la apreciación de la prueba, por cuya causa se ha producido agravio a la ley sustancial, es necesario, además de calificar el error, indicar con toda precisión, las normas vulneradas por el sentenciador de instancia.

La pretendida demanda de casación que se estudia señaló, de manera gobal, sin hacer singularización alguna, como queda transcrito, las disposiciones de derecho sustancial y de procedimiento civil que cree infringidas por el Tribunal. Pero eso no es cumplir con el rigor que la doctrina, con fundamento en el artículo 531 del Código Judicial, exige para que la demanda haga posible el estudio de los cargos.

Con relación a cada uno de los errores que en casación se postulen, deben individualizarse las disposiciones que se crean transgredidas, con indicación del error que causó el quebranto respectivo.

No puede la Corte suplir las deficiencias de la demanda de casación, ni suponer cuáles, de una serie de disposiciones citadas en conjunto, fueron quebrantadas por el Tribunal al caer en cada uno de los errores determinados en la demanda. No hay, pues, en sentido estricto, demanda de casación.

La notoria inhabilidad de la demanda de casación determina su improcedencia e imposibilita a la Corte para el estudio de los cargos.

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 del Tribunal Superior de Pereira, de fecha 7 de noviembre de 1960, proferida en el juicio ordinario de José Noel Crisales contra Ana Rosa López, sobre reivindicación de un inmueble.

Sin costas en el recurso porque no se causaron.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

COMPRAVENTA.—SE RIGE POR LA SIMETRIA CONTRACTUAL

Resolución de la compraventa. — La hipoteca en garantía del pago del precio no suprime por sí sola la opción del artículo 1546 del Código Civil, en caso de incumplimiento del comprador. — El procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

1. El equilibrio del contrato y su firmeza exigen que cuando ambas partes se obligan las prestaciones recíprocas tengan cumplido efecto para la debida satisfacción de los fines que el negocio jurídico envuelve.

Es natural, entonces, que si uno de los contratantes cumple su promesa, disfrute a su albedrío de la prerrogativa frente al incumplido, de que, aparte del resarcimiento de perjuicios, pueda pedir que por la justicia se decrete el regreso al estado precontractual por virtud de la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales; o de exigir, si lo prefiere, el cumplimiento de la otra parte, para que ésta no pueda desligarse del pacto por el mero hecho de su propio incumplimiento (1546, C. C.).

No es otro el principio que rige la simetría contractual en la compraventa. Y así, si el comprador está en mora de pagar el precio en el lugar y el tiempo debidos, el vendedor tiene derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios (1930, ibídem). Ello supone, claro está, el cumplimiento de las obligaciones del vendedor en los términos del contrato.

2. Para el ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa por el vendedor, no es óbice en modo alguno el simple hecho de haberse garantizado con hipoteca la ejecución de uno de los dos extremos opcionales que a la parte cumplida otorga la ley frente a la incumplida en los contratos sinalagmáticos, pues de la garantía, si no se estipula en forma explícita, ninguna elección se desprende, y menos en ventaja del incumplimiento.

3. Si el fallo de instancia ha decretado la resolución del contrato, no se extiende ultra petita porque señale las consecuencias que lleva implícitas el pronunciamiento conducente a volver las cosas al estado anterior, con indemnización de perjuicios. Y si en ello hay cantidades conocidas por guarismos determinados, en tanto que otras no lo son de la misma manera, el artículo 553 del Código Judicial ordena el procedimiento para la definitiva liquidación, sin que su reenvío al derecho de retención establecido por la ley envuelva obstáculo ninguno al fiel cumplimiento de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta (30) de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Por sentencia de fecha 2 de mayo de 1962, que revocó la absolutoria de 29 de enero de 1958 proferida por el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario seguido por Jorge Peña Polo contra Hilario Piñeros, a saber:

"1º Revócase en todas sus partes la sentencia apelada.

"2º Declárase, en su lugar, resuelto el contrato de compraventa celebrado entre las partes, consignado en la escritura pública número 6372, otorgada el 27 de septiembre de 1948 en la Notaría 2ª de esta ciudad, y registrada entre el 13 y el 18 de enero de 1949, contrato relativo al inmueble de que trata la petición primera de la demanda.

"3º Condénase al demandado a restituír al demandante, treinta días después de la ejecutoria de esta providencia, 'el referido globo de terreno libre de todo gravamen'.

"4º Niégase la petición tercera de la misma demanda.

"5º Condénase al demandado a pagarle al actor la cantidad líquida de $ 2.758.00 moneda corriente, correspondiente a la mitad de los frutos producidos por el bien desde cuando se celebró el contrato (27 de septiembre de 1948) hasta cuando fueron avaluados (enero de 1955).

"Hácese extensiva esta condena a la mitad de los mismos frutos producidos o por producirse, en las condiciones observadas en la parte motiva, desde la última fecha hasta cuando se verifique la restitución. Su importe se fijará por los trámites señalados en el artículo 553 del Código Judicial.

"6º Condénase en abstracto al demandado a pagar al demandante los perjuicios que se traduzcan en el *daño emergente* y que se hayan causado desde cuando aquél incurrió en mora de pagar el saldo del precio (27 de septiembre de 1950) hasta cuando verifique la restitución ordenada. Tales perjuicios se establecerán en la misma forma ya indicada.

"7º Declárase que el demandante, como consecuencia de las prestaciones mutuas, debe restituír al demandado la cantidad recibida como mitad del precio, $ 2.161.25 moneda corriente, sin intereses, pues éstos quedan compensados con la mitad de los frutos producidos a que produzca el inmueble hasta el día en que sea restituído.

"8º Condénasele, por la misma razón, a pagar al demandado el valor de las mejoras necesarias relacionadas en la parte motiva, las cuales serán avaluadas para la fecha de la restitución, también mediante el procedimiento antes mencionado.

"9º Declárase, finalmente, en lo tocante a las aludidas prestaciones mutuas, que su restitución o pago se verificará simultáneamente, pero aclarando que el demandado podrá retener el inmueble 'hasta que se verifique el pago, o se le asegure a satisfacción' el importe de las mejoras de que trata el numeral precedente.

"10. Condénase al demandado en las costas del juicio en la primera instancia. Tásense.

"11. Por razón de la segunda no hay lugar a ellas".

En el contrato cuya resolución fue así decretada, el actor Jorge Peña Polo le vendió a Hilario Piñeros "un globo de terreno que hace parte de la finca denominada 'El Brasil', ubicada en el Municipio de Las Mesitas de El Colegio, Departamento de Cundinamarca, globo de terreno que se denomina 'Guayaquil', con una cabida de dos fanegadas y dos mil setecientas cincuenta varas cuadradas, y que está comprendido dentro de los siguientes linderos: ...".

"El compareciente vendedor —dice la correspondiente escritura— entregará el globo de terreno materia de esta venta, con media pulgada de agua". A tiempo en que la misma acta notarial expresa que el comprador Piñeros "tiene recibida materialmente y a su satisfacción la porción de terreno objeto del presente contrato de compraventa"; y que se obliga a pagar la mitad insoluta del precio, o sean $ 2.161.25, con intereses al 7% anual, por cuotas semestrales de $ 540.31, dentro de los dos años siguientes al día de la escritura (27 de septiembre de 1948); obligación garantizada con hipoteca del inmueble objeto del contrato.

Contra el fallo de segunda instancia el demandado introdujo recurso de casación, que sustentado y replicado oportunamente, entra a estudio.

La sentencia acusada.

Sobre la base de que el comprador dejó de cumplir su obligación de pagar la mitad del precio en los plazos convenidos; de que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; y de que frente al comprador incumplido, así lo estatuye el artículo 1930 del Código Civil, encuentra el Tribunal que el vendedor Peña Polo cumplió la obligación de entregar materialmente al comprador el inmueble vendido, no sólo porque lo prueba la propia escritura de compraventa, sino porque ese hecho fue corroborado por la diligencia de inspección ocular, cuando el Juez del conocimiento encontró al demandado en posesión del mismo bien.

De otra parte, halla que el comprador, quien a tiempo de la escritura pagó la mitad del precio, dejó de satisfacer el 50% restante, que se había obligado a pagar al vendedor, por conducto de la firma "Nariño, Abondano, Wiesner & Cía. Ltda.".

Se lee en el fallo:

"El señor apoderado del mismo demandado acepta el no pago del saldo del precio en las oportunidades convenidas, hecho que por demás declaran los doctores Cuéllar Gómez, en su afirmada condición de antiguos representantes de la sociedad encargada de recibirlo. Pero en orden a justificar la conducta de su poderdante, explica que el incumplimiento obedeció a uno anterior del demandante y que, por lo mismo,

propone la excepción *non adimpleti contractus*, la cual concretamente apoya en que éste, a pesar de lo estipulado, no entregó el servicio de agua ni el número exacto de varas cuadradas de terreno (2750).

"Ya se observó que el demandante con la escritura pública acompañada a la demanda acredita suficientemente haber cumplido con la obligación de entregar a que alude el excepcionante, porque contra los otorgantes y sus causahabientes hacen plena fe las declaraciones contenidas en ella, y para desvirtuarlas es necesario que el contratante interesado en ello aduzca un medio de convicción que provenga del otro y que consista en una contraprueba escrita, una confesión o un principio de prueba escrito complementando con testimonio o con presunciones e indicios (artículos 1759, ibídem, y 91 de la Ley 153 de 1887)".

Transcribe al respecto doctrina de la Corte, relaciona y comenta los elementos que acompañó el demandado en el acto de la inspección ocular pedida por la contraparte (plano, copia de escrituras, recibos y documentos privados con terceros, declaraciones extrajuicio, después ratificadas), y continúa el Tribunal:

"Quedó en firme, según lo visto, la declaración hecha por el demandado en la escritura a propósito de haber recibido *satisfactoriamente* el inmueble, pues no se presentó ni contraescritura ni principio de prueba, ni se obtuvo confesión en orden a desvirtuar tal declaración".

A continuación alude a que la cabida declarada en la escritura se encontró disminuída en un triángulo de 31 V^2, de acuerdo con la susodicha inspección ocular y el correspondiente dictamen pericial; entiende que la venta se hizo por cabida a pesar del señalamiento de linderos; que nada puede decidirse acerca de la manifestación del comprador, en el sentido de estar dispuesto a pagar el saldo del precio original con rebaja del 30% por concepto de agua y varas faltantes, máxime cuando "el inmueble fue entregado el 27 de noviembre (debió decir septiembre) de 1948, y este juicio se inició el 29 de enero de 1953, o sea cuando ya había *expirado* la acción correspondiente a la rebaja del precio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1890, ibídem)".

Hace otras consideraciones, y dice:

"Se tiene, en síntesis, que el segundo hecho en que fue apoyada la excepción de contrato no cumplido, si bien puede darse como demostrado, no puede reputarse como suficiente, jurídicamente hablando, para estructurarla, y que el primero no fue acreditado, pues con la propia escritura se evidencia la entrega del inmueble y sus accesorios.

"Contribuye a darle fuerza a la interpretación que de sus cláusulas ha hecho el Tribunal, la propia confesión del demandado, quien en el documento por él suscrito y presentado por su apoderado a la inspección ocular practicada (f. 48 del C. 2), declara que se compromete con unos terceros a construír un acueducto, por su cuenta, para beneficiar las aguas que actualmente (20 de octubre de 1952) están sirviendo a los beneficiados o propietarios de los lotes de propiedad de los contratantes, o sea los conocidos con el nombre de 'Guayaquil' (el mismo a que hace mención la escritura), de propiedad de Hilario Piñeros, y 'Tres Esquinas', de propiedad de Naranjo y señora de Naranjo. El suscrito Piñeros se compromete a utilizar tubería del diámetro necesario o suficiente para entubar las aguas a que de conformidad con las escrituras de propiedad respectiva tenemos en posesión'.

"Según esto, con posterioridad a la entrega del inmueble el comprador reconoce que se está beneficiendo del agua, lo cual sería imposible si no le hubiera sido entregada. Y es importante dejar en claro que en el contrato no se obligó el vendedor a instalar o entregar 'acueducto' sino simplemente una (sic) 'pulgada de agua', que bien podía estar corriendo naturalmente sin necesidad de esa obra.

La acusación.

En el libelo se invocan cuatro cargos por la causal primera, a saber:

Primero. "Violación directa y mala interpretación de los artículos 1609, 1930, 1757 y 1546 del Código Civil".

Considera el recurrente que en este pleito "el problema jurídico consiste en establecer quién infrigió primero el contrato, si el actor demandante o el recurrente demandado". Y con el aserto de que la parte vendedora no satisfizo la carga de probar el cumplimiento de sus obligaciones, "la instalación del acueducto y la entrega integral de lo vendido por cabida", desprende violación de las normas en cita, además del artículo 1882 del Código Civil.

Trae varias doctrinas de la Corte, comenta los textos aludidos, y concreta su pensamiento así:

"El actor no dio la prueba que le correspondía sobre el cumplimiento de sus obligaciones. Y las pruebas no se pueden reemplazar con sofismas. El hecho patético es el de que no entregó ni ha entregado la media pulgada instalada en el glo-

bo de terreno; que no entregó la cabida estipulada de dos fanegadas, dos mil quinientas varas cuadradas, aun cuando se diga en la escritura de compraventa que recibió lo vendido, si en realidad no entregó completa la cabida como se observó en la inspección ocular y en el dictamen de los peritos.

"Se ha alegado que cualquiera acción por falta de entrega, o entrega incompleta, está prescrita por disposición del artículo 1890 del Código Civil. Esta disposición se refiere al derecho de reclamar aumento o disminución del precio, o prescindencia del contrato, como se ha anotado antes, en caso de exceso en la cabida o disminución de ésta. Pero no enerva la acción resolutoria cuando se alega como excepción que no se cumplió con la verdadera entrega, al instante de la demanda. No hay impedimento para excepcionar como inoperante la acción resolutoria, porque no se trata de pedir aumento o disminución del precio o de desistir del contrato, como lo estatuye el artículo 1888 citado. De suerte que la prescripción es inoperante para el actor. Y al declarar la sentencia recurrida la prescripción, ha cometido un error de derecho, violando una vez más los artículos 1888 y 1890 en relación con los artículos 1609, 1546 y 1494".

Segundo. "El Tribunal —dice el recurrente— ha incurrido en error de hecho por la apreciación de las pruebas, de las partes, y por la aplicación errónea de la acción resolutiva demandada".

Relaciona las pruebas aportadas al juicio, tales como la escritura de compraventa, inspección ocular, dictamen pericial, plano del terreno, escrituras y recibos en relación con terceras personas, declaraciones de testigos, etc., para insistir en el reparo de que el vendedor no cumplió sus obligaciones de entregar el acueducto y la cabida completa del inmueble. Y que como la sentencia "dio por probadas las peticiones de la demanda", cometió "un grave error de hecho por la apreciación de las pruebas del actor, considerándolas con fuerza probatoria que, para el caso, no han tenido nunca".

Tercero. Se refiere a las prestaciones mutuas, conceptúa que al respecto la sentencia "trae un maremagnum de confusiones y contradicciones", estima que hay *ultra petita* en cuanto la demanda hace siete peticiones y la sentencia hace once condenas, y concluye:

"En estas condiciones estimo que hay violación directa de disposiciones legales, cuales son: artículos 964, 966, 969, 970, 1604, por errada aplicación de ellas".

Cuarto. Alega que al constituír el comprador hipoteca para garantizar sus obligaciones, y el vendedor aceptarla, se "sustituyó su acción resolutoria por la hipoteca estipulada".

"Esta sustitución de acción por la obligación hipotecaria, viene a destruír la acción resolutoria, quedando en pie a favor del vendedor la acción de venta del bien hipotecado, y enervada la acción resolutoria. La figura jurídica que planteó la acción hipotecaria no puede llamarse de otra manera que novación de las obligaciones".

De donde desprende violación de los artículos 1536, 1622, 1624, 1687, 1669 del Código Civil y 8º, Ley 153 de 1887.

Se considera:

1. El equilibrio del contrato y su firmeza exigen que cuando ambas partes se obligan las prestaciones recíprocas tengan cumplido efecto para la debida satisfacción de los fines que el negocio jurídico envuelve.

Es natural, entonces, que si uno de los contratantes cumple su promesa, disfrute a su albedrío de la prerrogativa frente al incumplido, de que, aparte del resarcimiento de perjuicios, pueda pedir que por la justicia se decrete el regreso al estado precontractual por virtud de la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales; o de exigir, si lo prefiere, el cumplimiento de la otra parte, para que ésta no pueda desligarse del pacto por el mero hecho de su propio incumplimiento. (1546, C. C.).

2. No es otro el principio que rige la simetría contractual en la compraventa. Y así, si el comprador está en mora de pagar el precio en el lugar y el tiempo debidos, el vendedor tiene derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios. (1930, ibídem). Ello supone, claro está, el cumplimiento de las obligaciones del vendedor en los términos del contrato.

3. El presente litigio no roza para nada el saneamiento de la cosa vendida. El debate se ha limitado a saber si previamente a la acción resolutoria que invoca, el vendedor Peña Polo cumplió el deber primordial de verificar la tradición jurídica y la entrega material del objeto vendido. Y entonces la copia en forma legal de la escritura 6372 de 27 de septiembre de 1948, Notaría 2ª de Bogotá, demuestra: a) por su competente registro, la tradición del dominio; b) por sus voces, que el comprador Piñeros recibió materialmente el objeto comprado a su satisfac-

ción; y c) que el mismo Piñeros pagó el 50% del precio y quedó a deber la otra mitad con hipoteca del mismo inmueble, para ser satisfecha en contados periódicos, sin que por lo demás aparezca del proceso cumplida esta deuda.

Tal planteamiento abre en derecho el ejercicio de la acción resolutoria intentada por el vendedor, sin que de ningún modo sea óbice el simple hecho de haberse garantido con hipoteca la ejecución de uno de los dos extremos opcionales que a la parte cumplida otorga la ley frente a la incumplida en los contratos sinalagmáticos, pues de la garantía, si no se estipula en forma explícita, ninguna elección se desprende, y menos en ventaja del incumplimiento.

4. Se aduce la excepción *non adimpleti contractus,* por cuanto faltaran treinta y una varas cuadradas de la cabida declarada para el inmueble, de dos fanegadas y dos mil setecientas cincuenta varas cuadradas; a más de que el vendedor no instalara un acueducto de media pulgada para los menesteres del predio.

Sobre estas dos proposiciones fundamentales de la defensa entendió el sentenciador que en cuanto a la cabida faltante existen remedios especiales en el Código Civil, que prescriben al cabo de un año, contado desde la entrega (artículo 1890); prescripción consumada en el caso de autos. Y por lo que respecta a la media pulgada de agua para beneficio del fundo, que de esa medida disfruta en los hechos el terreno de "Guayaquil", sin que ello se explique de otro modo que por el cumplimiento de la promesa del vendedor a satisfacción del comprador en los términos de la escritura, corroborados en la práctica por la inspección ocular dentro del juicio, y por cuanto, además, la promesa de media pulgada de agua para el servicio de un predio, no envuelve necesariamente la obligación de tender acueducto en tubería galvanizada de ese diámetro para conducirla y aplicarla a los menesteres de la heredad.

5. No ha desconocido el Tribunal la existencia en el proceso de los medios a que el recurrente alude, ni tampoco el tenor elemental de los mismos, para que su juicio pudiese caer por yerro manifiesto de hecho. No les ha dado o suprimido el valor que a esos medios niegan o conceden las normas orgánicas de las probanzas, para que cupiese error de derecho. Y si en ejercicio de las facultades ponderativas que le incumben por ley para formar su convicción llegó el sentenciador a integrarla por los motivos que expresa, en el sentido de que el vendedor cumplió con lo suyo para impetrar con titularidad la resolución del contrato, ello penetra en su fuero interno como administrador de justicia, sin censura viable en casación, por estar exento de error de derecho o manifiesto de hecho, aunque el recurrente ensaye otro criterio para apreciar las pruebas. Es obvio, en efecto, que lo haga en apoyo unilateral de los intereses de parte por él patrocinados.

6. Si el fallo de instancia ha decretado la resolución del contrato, no se extiende *ultra petita* porque señale las consecuencias que lleva implícitas el pronunciamiento conducente a volver las cosas al estado anterior, con indemnización de perjuicios. Y si en ello hay cantidades conocidas por guarismos determinados, en tanto que otras no lo son de la misma manera, el artículo 553 del Código Judicial ordena el procedimiento para la definitiva liquidación, que es lo que aparece dispuesto por el Tribunal, sin que su reenvío al derecho de retención establecido por la ley envuelva obstáculo ninguno al fiel cumplimiento de la sentencia.

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 2 de mayo de 1962, proferida en el presente litigio de Jorge Peña Polo contra Hilario Piñeros, 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 López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Posesión material
y
posesión inscrita

ERROR EVIDENTE DE HECHO

Formulado por haberse aceptado la identificación de los predios, que se reivindican, conforme a los títulos del actor, pero no en relación con los títulos de sus tradentes. — Se reitera la doctrina referente a que no existe en la legislación colombiana la denominada posesión inscrita.

1. La censura que se dirige contra el fallo recurrido consiste en haber incurrido en error evidente de hecho por estimar que no se habían identificado los predios objeto de la reivindicación con la inspección ocular y el dictamen pericial que se practicaron en este negocio. El cargo no se aviene con la realidad procesal, porque la sentencia no expresa el concepto que se le atribuye. Ella no desconoce que se hubieran identificado esos fundos; por el contrario, admite esa identificación, pero de acuerdo con la demanda inicial de la litis y con los documentos aducidos con la misma pieza. Lo que la sentencia echa de menos es la identificación de los inmuebles a que se refieren los títulos que tenían los tradentes del demandante. La sentencia afirma igualmente que tampoco se identificaron las porciones de terreno adjudicadas como baldíos a los demandados.

Por donde se ve que el cargo carece de fundamento, desde luego que el fallo acepta la identificación de los predios conforme a los títulos del actor, pero no en relación con los títulos de sus causantes. Este concepto no es contrario a la evidencia de los hechos, porque en realidad no se comprobó la identificación de los bienes a que aluden los títulos que tenían los tradentes del actor. Además, el cargo, aunque estuviera demostrado, no incidiría en casación, porque la sentencia se funda, no en la supuesta falta de identificación de las fincas, sino en el hecho de que la posesión de los demandados es anterior a los títulos del demandante, extremo éste que no ha sido atacado por el recurrente.

2. En casación de 27 de abril de 1955 (LXXX, 2153, 83) la Corte analizó el punto relativo a la llamada posesión inscrita, y asentó sobre ese particular la doctrina que puede condensarse en varios postulados, de los cuales cabe destacar ahora los siguientes:

a) La única posesión real y jurídicamente eficaz es la posesión material, o sea la que, conforme al artículo 762 del Código Civil, consiste en la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. Esta posesión implica la aprehensión de un bien y el poder que se ejerce sobre él mediante actos de goce y transformación.

b) La llamada posesión inscrita no es en el fondo posesión ni existe como una especie de posesión, ya que la única verdadera es la material. Esa posesión inscrita se refiere a la inscripción en el Registro Público de los instrumentos en que consta la adquisición de uno cualquiera de los derechos reales inmuebles. Esa inscripción no da posesión material ni equivale a ésta, que es la única eficaz.

c) Los artículos 759 y 785 del Código Civil no tienen el sentido de que la adquisición o transferencia de la posesión de inmuebles se efectúe mediante la inscripción de un título, porque la posesión supone la aprehensión o el apoderamiento material de una cosa animo domini.

d) El inciso 2º del artículo 789 del Código Civil tampoco tiene el sentido que podría desprenderse de su literalidad, desde luego que la inscripción de un título jamás ha impedido que un tercero, que se apodera materialmente del inmueble a que se refiere ese título, adquiera la posesión de él y pueda llegar a obtener su dominio por prescripción agraria o extraordinaria.

e) Tampoco el artículo 790, ibídem, tiene el alcance que podría resultar de su texto literal,

porque para el efecto de poder adquirir posesión sobre un inmueble la doctrina jamás ha establecido diferencia entre fincas inscritas y fincas no inscritas.

f) La inscripción de un título no da posesión ni impide que un tercero posea materialmente el inmueble a que ese título se refiere, y llegue a obtener su dominio por prescripción agraria o extraordinaria. Por tanto, el artículo 2526 del Código Civil no es óbice para la realización de estas especies de prescripción, las cuales no requieren título.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos sesenta y tres.

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

El señor Juan Martínez demandó ante el Juez Civil del Circuito de Túquerres a los señores David y Luis Getial, Angel y Neftalí Mayag, Segundo y Pedro Antonio Chalapud, César Benavides y Sergio Bastidas para que, previo un juicio ordinario, se declarara en la sentencia respectiva: a) Que son de propiedad del demandante tres fundos rústicos llamados "La Aguada", "Cumag" y "San Nicolás", ubicados en el Municipio de Guaitarilla, y alindados como se indica en la demanda; b) Que se condene a los demandados a restituír al actor los tres predios nombrados y a pagarle el valor, tanto de los frutos naturales producidos por las mismas fincas como las costas del juicio.

Se fundó esta demanda en varios hechos, que pueden compendiarse así:

1. Por la escritura número 232, otorgada en la Notaría Primera de Túquerres el 16 de junio de 1937, el señor Florentino Jurado compró a las señoras María Cerón de Pantoja y Adela Getial de Checa la mitad de los inmuebles cuya reivindicación se pretende.

2. Por la escritura número 170, extendida en la misma Notaría de Túquerres el 12 de mayo de 1938, el señor Juan Martínez compró a las mentadas señoras María Cerón y Adela Getial la otra mitad de los predios mencionados.

3. Por la escritura número 614, pasada ante el propio Notario de Túquerres el 29 de noviembre de 1945, el mismo señor Juan Martínez compró a Florentino Jurado la mitad de los inmuebles nombrados, viniendo así a ser dueño exclusivo de éstos.

4. Tan pronto como Martínez realizó su compra a las señoras Cerón y Getial, recibió de éstas la posesión de los bienes adquiridos, pero dejó allí a las mismas señoras en su calidad de tenedoras, de modo que ellas ejercieron esa posesión en nombre de Martínez durante año y medio, más o menos, en forma tranquila y mediante la plantación de sementeras y el pastoreo de ganados.

5. A fines del año de 1940 los demandados, con excepción del señor Pedro Chalapud amparados por los miembros del Resguardo de Indígenas de Guaitarilla, atacaron sorpresivamente a las tenedoras de los predios en mención, señoras Cerón y Getial, y el ataque dio por resultado la muerte de un trabajador del señor Martínez.

6. Como consecuencia de los sucesivos atropellos que se cometieron en los fundos mencionados, tanto el señor Martínez como las señoras citadas se vieron en la necesidad de abandonar la posesión de esos predios, y desde entonces los demandados los vienen poseyendo en forma irregular y arbitraria.

7. Posteriormente el mismo Martínez promovió un juicio posesorio contra sus vendedores, a fin de obtener la entrega de los inmuebles dichos; ese juicio concluyó con la sentencia de 17 de diciembre de 1947, en que se ordenó la entrega impetrada.

8. Al procederse a cumplir el fallo expresado, se opusieron a la entrega los señores David y Luis Getial, Angel y Neftalí Mayag, César Benavides, Sergio Bastidas, Segundo y Pedro Antonio Chalapud, quienes obtuvieron por providencia de siete de julio de 1956 que se les reconociera derecho a retener esas tierras.

9. Los señores David y Luis Getial, Angel Mayag y César Benavides poseen en sendas parcelas todo el predio de "La Aguada"; el fundo de "Cumag" está poseído en cuatro porciones separadas por los señores César Benavides, Neftalí Mayag, Sergio Bastidas y Segundo Chalapud, y el demandado Pedro A. Chalapud posee todo el terreno de "San Nicolás".

10. Los demandados son poseedores de mala fe por haber tomado su posesión en forma violenta y están, por tanto, en incapacidad de adquirir el dominio por prescripción.

Los señores David y Luis Getial, Angel y Neftalí Mayag, César Benavides y Sergio Bastidas contestaron la demanda en el sentido de oponerse a las pretensiones del actor, de aceptar unos hechos y negar otros; propusieron varias excepciones, entre ellas la de prescripción ordinaria y extraordinaria, y dijeron además que las tradentes del señor Martínez carecían de dominio

sobre los inmuebles que son materia de la reivindicación, que esas tierras pertenecían a la Parcialidad de Indígenas de Guaitarilla, que el Ministerio de Agricultura y Ganadería, mediante Resolución número 33, de dos de octubre de 1951, disolvió los Cabildos de ese Resguardo y adjudicó más tarde como baldíos esos mismos terrenos a los demandados.

La primera instancia del juicio terminó con el fallo de ocho de marzo de 1958, por el cual se absolvió a todos los demandados y se condenó en costas al actor.

La sentencia acusada.

La propia parte demandante se alzó contra la decisión de primera instancia, y en virtud de ese recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto desató el segundo grado de la litis por sentencia de cuatro de agosto de 1960, mediante la cual se confirmó la providencia apelada y se condenó también en costas al mismo actor.

Entre las principales razones de esta sentencia vale recordar las que en seguida se exponen.

Anota en primer lugar que la acumulación de acciones se justifica en este caso porque todas las que se ejercitan son conexas por su causa o título.

Como ambas partes allegaron varios títulos en respaldo de sus pretensiones, y como los aducidos por los demandados consisten en unas adjudicaciones de baldíos, la sentencia acomete la confrontación de tales títulos para determinar su grado de prevalencia, y concluye este análisis expresando que, como los propios demandados no demostraron la identidad de las porciones que les fueron adjudicadas, este defecto probatorio lleva a la conclusión de que debe darse preferencia a los títulos allegados por el demandante. En relación con estos mismos títulos anota que el señor Martínez sólo vino a adquirir el dominio exclusivo de los inmuebles en litigio el 31 de mayo de 1946, y que esta fecha es la que ha de tenerse en cuenta para el efecto de confrontar ese dominio del demandante con la posesión de los demandados.

Con referencia a los títulos que tenían las tradentes de Martínez, dice el fallo que no pueden ser tenidos en consideración porque no fueron citados en la demanda, porque no se identificaron los fundos a que se refieren y por aparecer interrumpida la cadena de los mismos títulos.

Tratando el punto relacionado con la posesión de las mismas tradentes del actor Martínez, la sentencia transcribe los pasos principales de los testimonios de Azael Pantoja, Luis y Marciano Romo, Florentino Bastidas, Rafael Benavides, Cosme y Luis Ortega y Mardoqueo Pérez, y expresa luego que tanto estas declaraciones como las allegadas por los demandados comprueban que en realidad María Cerón y Adela Getial poseyeron los terrenos mencionados, pero que esa posesión no es apta para la prosperidad de la acción reivindicatoria, porque el demandante no puede agregarla a la suya, debido a que ella terminó antes de adquirir éste el dominio de esas tierras, término que se produjo por la acción de los indígenas del Resguardo de Guaitarilla.

Acerca del tiempo de posesión de los demandados dice la sentencia que en la demanda se admitió que éstos vienen poseyendo desde fines de 1940, y que esta manifestación tiene la fuerza de confesión judicial conforme a lo prescrito por el artículo 607 del Código Judicial. Hay que aceptar, por tanto, que esa posesión se inició desde fines de 1940, salvo en cuanto concierne a Sergio Bastidas, quien sólo vino a poseer posteriormente, según la prueba testimonial aducida por la defensa. Esta prueba se halla constituída por las declaraciones de Diógenes Otero, Gonzalo Riascos, César, Rafael y Antonio Benavides, José Eugenio y Peregrino Rodríguez, Francisco Pantoja, Rubén y Antonio Narváez, Segundo Solarte, Francisco Portilla, Miguel Flórez y Segundo Montenegro. Este grupo de testigos depone sobre una posesión de los demandados anterior al año de 1940, con la salvedad relativa a Sergio Bastidas, salvedad que "puede deberse a que éste posee otro lote en la región de Cumag".

Refiriéndose al argumento de que los demandados obtuvieron su posesión en forma violenta y de que, por tanto, no pueden adquirir por prescripción, la sentencia sostiene que los artículos 789 y 790 del Código Civil son incomprensibles a la luz de lo que es la posesión, según la define la propia ley, ya que en cualquiera de los casos previstos por estas normas quien se apodera de un inmueble se hace poseedor de él, aunque sobre ese bien haya título inscrito. En respaldo de esta tesis trae a colación la doctrina que, respecto de los mismos preceptos, expuso la Corte en casación de 27 de abril de 1955, cuyos pasos pertinentes transcribe (LXXX, 2153, 92). Luego concluye así:

"La propia demanda considera a los demandados como poseedores, pese a ese origen viciado que atribuye a su posesión, y es por esta calidad de poseedores que (sic) propone contra ellos la acción reivindicatoria.

"Como en la acción reivindicatoria la prueba del dominio en el demandante es relativa y el demandado se encuentra favorecido por la presunción de ser dueño de lo que posee y se le demanda, la prueba del dominio tiene que superar el tiempo de posesión del demandado para destruír esa presunción, meta que no superó el demandante en el caso en estudio".

La impugnación.

Inconforme con el fallo de segunda instancia, el demandante recurrió en casación, y con fundamento en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, formula contra él los dos cargos que la Corte procede a exponer y examinar:

Primer cargo. Aparece planteado así: "El sentenciador incurre en error de hecho evidente por haber interpretado de manera errónea la prueba pericial que obra en autos, y también por falta de estimación de otras pruebas, con lo cual incurre en violación de la ley sustantiva, violación que es indirecta de los artículos 785, 789, 946 del Código Civil; 722, 723, 730 del Código Judicial".

En desarrollo de este cargo dice el recurrente que la sentencia acusada absolvió a los demandados por haber apreciado erróneamente la inspección ocular y el dictamen de peritos que se practicó en este juicio, apreciación que contradice en forma ostensible los principios y normas del sistema probatorio. En efecto, el artículo 730 del Código Judicial dispone que el acta de la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez. En el acta de la inspección realizada en esta litis se lee que el Juez, los peritos y su secretario se trasladaron a los predios en disputa, que recorrieron esos inmuebles, que a los peritos se les entregaron varios documentos, y que luego dichos expertos dictaminaron que los linderos de tales fundos son los mismos que figuran en los documentos mencionados. Por este motivo resulta errónea la afirmación de que la inspección ocular es prácticamente inexistente, debido a que el funcionario no efectuó observación alguna y de que no se identificaron las porciones de terreno poseídas por los demandados. Como el dictamen de peritos complementa el acta de inspección ocular, y como la peritación practicada en este negocio tiene el valor de plena prueba, sucede que la sentencia quebranta los artículos 722, 723 y 730 del Código Judicial al no reconocer a esas pruebas el mérito demostrativo que estas normas les asignan.

La sentencia incurre además en falta de apreciación de "la prueba testamentaria" allegada por el actor, prueba que demuestra la posesión de los demandados, la identidad de los terrenos en litigio y la posesión anterior de los tradentes del propio demandante. La sentencia no estudia estas pruebas, pero sí hace referencia a varios testimonios para deducir que la posesión de los mentados tradentes de Martínez fue anterior a la venta que hicieron de sus derechos en los predios citados, y olvidando a la vez que la posesión de los demandados se inició con actos de violencia, todo ello para llegar a conclusiones erradas.

Segundo cargo. Se hace consistir en la infracción directa de los artículos 785 y 2526 del Código Civil, a causa de interpretación errónea de los artículos 789 y 790, ibídem.

Según el recurrente, la sentencia "viola directamente el dictado claro y expreso del inciso segundo del citado artículo 789 del Código Civil, ya que mientras subsista la inscripción de un inmueble, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere la posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente". Esta norma no puede estar en contradicción con la siguiente, como lo sostiene la sentencia con quebranto de ambos preceptos, porque una cosa es ser dueño con título inscrito y otra es serlo sin ese título. En el primer caso no se pierde el dominio ni la posesión por el hecho de que otro se apodere de la cosa, mientras que en el segundo evento se pierde la posesión, pero no el dominio. "En este caso —dice el impugnante— la posesión de los demandados es irregular, como está plenamente demostrado, y podría encajar dentro de esta norma (C. C., 790), pero para perder la posesión, no el dominio, que es lo de mi representado sobre los predios tántas veces citados. De manera que tal contradicción entre el inciso segundo del artículo 789 del Código Civil y el 790, reconociendo la existencia jurídica de la posesión, no existe". Con todo, en cualquiera de los dos extremos, ocurre que al demandante se le dejó expedita la acción reivindicatoria en la sentencia que puso fin al anterior juicio posesorio. "Por lo tanto —termina el recurso— se violan los artículos 789, 790, 785 y 2526, ya que en la parte final de la sentencia recurrida habla el honorable Tribunal de la prescripción, la cual no es posible cuando existe un título inscrito".

La Corte considera:

I. Antes que todo importa recordar y no perder de vista que el fallo impugnado confirmó la decisión absolutoria de primera instancia por

haber hallado establecido el hecho de que la posesión de los demandados se inició con anterioridad a la fecha en que, según el mismo fallo, adquirió el demandante su derecho de dominio.

La primera censura que se dirige contra el mismo fallo consiste en haber incurrido en error evidente de hecho por estimar que no se habían identificado los predios en litigio con la inspección ocular y el dictamen pericial que se practicaron en este negocio. El cargo no se aviene con la realidad procesal, porque la sentencia no expresa el concepto que se le atribuye. Ella no desconoce que se hubieran identificado esos fundos; por el contrario, admite esa identificación, pero de acuerdo con la demanda inicial de la litis y con los documentos aducidos con la misma pieza. Lo que la sentencia echa menos es la identificación de los inmuebles a que se refieren los títulos que tenían las tradentes del demandante Martínez, o sea las señoras María Cerón y Adela Getial. La sentencia afirma igualmente que tampoco se identificaron las porciones de terreno adjudicadas como baldíos a los demandados.

Por donde se ve que el cargo carece de fundamento, desde luego que el fallo acepta la identificación de los predios conforme a los títulos del actor, pero no en relación con los títulos de sus causantes. Este concepto no es contrario a la evidencia de los hechos, porque en realidad no se comprobó la identificación de los bienes a que aluden los títulos que tenían las señoras María Cerón y Adela Getial. Además, el cargo, aunque estuviera demostrado, no incidiría en casación, porque la sentencia se funda, no en la supuesta falta de identificación de las fincas, sino en el hecho de que la posesión de los demandados es anterior a los títulos del demandante, extremo éste que no ha sido atacado por el recurrente.

II. La sentencia alude en verdad a los artículos 789 y 790 del Código Civil, para expresar que estas normas son incomprensibles a la luz de lo que la propia ley entiende por posesión, ya que ésta se adquiere por el apoderamiento material de la cosa y no por la inscripción de un título. Con base en este concepto y en la doctrina expuesta por la Corte en la casación de 27 de abril de 1955, la misma sentencia concluye que quien se apodera de un inmueble adquiere la posesión de éste, aunque exista un título inscrito sobre el mismo. Este razonamiento tiene por objeto sustentar la tesis de que los demandados son poseedores, a pesar de la violencia original de su posesión y de que el demandante tiene un título inscrito sobre los inmuebles en litigio.

El recurrente sostiene que esta tesis entraña una interpretación errónea de los artículos 789 y 790, citados, y que a consecuencia de ello se quebrantaron por inaplicación los artículos 785 y 2526 del Código Civil.

En la ya mencionada casación de 27 de abril de 1955 (LXXX, 2153, 83), la Corte analizó el punto relativo a la llamada posesión inscrita, y asentó sobre ese particular la doctrina que puede condensarse en varios postulados, de los cuales cabe destacar ahora los siguientes:

a) La única posesión real y jurídicamente eficaz es la posesión material, o sea la que, conforme al artículo 762 del Código Civil, consiste en la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. Esta posesión implica la aprehensión de un bien y el poder que se ejerce sobre él mediante actos de goce y transformación.

b) La llamada posesión inscrita no es en el fondo posesión ni existe como una especie de posesión, ya que la única verdadera es la material. Esa posesión inscrita se refiere a la inscripción en el Registro Público de los instrumentos en que consta la adquisición de uno cualquiera de los derechos reales inmuebles. Esa inscripción no da posesión material ni equivale a ésta, que es la única eficaz.

c) Los artículos 759 y 785 del Código Civil no tienen el sentido de que la adquisición o transferencia de la posesión de inmuebles se efectúe mediante la inscripción de un título, porque la posesión supone la aprehensión o el apoderamiento material de una cosa *animo domini*.

d) El inciso segundo del artículo 789 del Código Civil tampoco tiene el sentido que podría desprenderse de su literalidad, desde luego que la inscripción de un título jamás ha impedido que un tercero, que se apodera materialmente del inmueble a que se refiere ese título, adquiera la posesión de él y pueda llegar a obtener su dominio por prescripción agraria o extraordinaria.

e) Tampoco el artículo 790, ibídem, tiene el alcance que podría resultar de su texto literal, porque para el efecto de poder adquirir posesión sobre un inmueble la doctrina jamás ha establecido diferencia entre fincas inscritas y fincas no inscritas.

f) La inscripción de un título no da posesión ni impide que un tercero posea materialmente el inmueble a que ese título se refiere, y llegue a obtener su dominio por prescripción agraria o extraordinaria. Por tanto, el artículo 2526 del Código Civil no es óbice para la realización de estas especies de prescripción, las cuales no requieren título.

La sentencia impugnada aplicó la doctrina que se sustenta en estos postulados, y es obvio que al

proceder así no interpretó en forma errónea los artículos 789 y 790 del Código Civil, ni quebrantó por inaplicación los artículos 785 y 2526, ibídem, al considerar a los demandados como poseedores de los inmuebles en litigio, no obstante el vicio inicial de su posesión y que el demandante tiene un título inscrito sobre esos fundos. Es, por tanto, infundada la censura que por este aspecto se dirige contra la sentencia de segundo grado.

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 cuatro de agosto de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este juicio de reivindicación movido por el señor Juan Martínez contra los señores David y Luis Getial, Angel y Neftalí Mayag, Segundo y Pedro Antonio Chalapud, César Benavides y Sergio Bastidas.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial,* y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATOS

La declaración judicial de su extinción no afecta a quien no fue citado al juicio.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Formado el contrato, con el conjunto de las formalidades que le sean propias, adquiere perfección, y su destino es el de producir los efectos que por su medio buscaron los contratantes. Con igual poder de voluntad el contrato puede ser invalidado por las partes, como también por causas legales, con intervención del órgano judicial, y en virtud de la sentencia en que se declare la resolución, la rescisión, la nulidad o la simulación de ese acto jurídico.

El concurso de voluntades, modo expontáneo de crear o extinguir un contrato, o la manera forzada de hacerlo a través de la respectiva acción, supone precisamente la concurrencia de quienes intervinieron en su formación, sin que sea posible quitarle sus efectos a espaldas de sus genitores, hasta el punto de que si judicialmente se declarase ineficaz el convenio sin haber oído a una de las partes, no podría afectar la posición jurídica de quien no fue citado al juicio. Si se afirma que la extinción del contrato por modo voluntario supone consentimiento de todos los contratantes, la misma razón existe para que en el ejercicio de las acciones judiciales que buscan ese mismo resultado, se haga comparecer al juicio a todos los integrantes de la relación contractual; mal podría una sentencia afectar intereses de quien no fue citado al juicio, según principio emanado de la propia Constitución.

De proceder de otra manera, se llegaría al error lógico de desconocer el principio de contradicción y, en consecuencia, al error jurídico de sostener que un contrato pueda ser nulo y válido al mismo tiempo. La sanción de la lesión enorme es la rescisión del contrato, su nulidad relativa. No podría ser posible que el contrato sea válido para uno de los vendedores y nulo relativamente para el comprador y otro de los vendedores. Para romper el contrato, para volver las cosas al estado que tenían al momento de su formación, y aun para que la parte respectiva pueda gozar del derecho consagrado por el artículo 1948 del Código Civil, es necesario, se repite, que todas las personas que formaron ese negocio jurídico sean citadas al juicio en que se trate de destruírlo o negarle eficacia.

De donde la demanda que pretenda acabar con el contrato y sus efectos debe citar al juicio a las partes que lo originaron. Al respecto cabe recordar la doctrina de la Corte sentada en casación de 20 de octubre de 1952 (LXXIIII, 2119-20, 372).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

Antecedentes.

Demetrio Casallas Cordero y Emiliana Cancino de Casallas le vendieron a su hija legítima, Ismenia Casallas Cancino, según aparece de la escritura pública número 2880, de 21 de septiembre de 1956, pasada ante el Notario Segundo de Bucaramanga, los inmuebles a que se refiere la cláusula primera de dicha escritura y la petición primera de la demanda inicial del juicio.

Demetrio Casallas Cordero murió el 26 de septiembre de 1958, y el juicio sucesional correspondiente se abrió en el Juzgado Segundo Civil del Circuito por auto de 12 de noviembre de ese mismo año. En esa providencia se declaró disuelta la sociedad conyugal y se reconoció como interesados en ella a la cónyuge sobreviviente y a Ismenia Casallas Cancino, en condición ésta de hija legítima. En providencias posteriores se

aceptó como herederos, en calidad de hijos legítimos a Ana Jesús, Ana Inés y María del Tránsito Casallas.

El juicio.

Estos antecedentes dieron motivo para que María del Tránsito Casallas de Ortiz, por demanda presentada ante el Juez Tercero Civil de Bucaramanga, citara a juicio ordinario a Ismenia Casallas "en ejercicio de acciones de simulación, nulidad y lesión enorme, y demandando para la sucesión de Demetrio Casallas...".

En el libelo solicita declaración de ser simulado en contrato recogido en la escritura número 2880, "y que es una donación sin insinuación, y se concertó en fraude o daño de los herederos forzosos...; que debe igualmente pagar a la sucesión los frutos naturales y civiles que los bienes, cuya reivindicación se solicita, hubieren podido producir a partir de la fecha en que entró en posesión material de ellos como poseedora de mala fe...; que la demandante ha perdido el derecho o cuota que como heredera le puede corresponder en los bienes cuya restitución se decrete, dentro de la sucesión de su padre Demetrio Casallas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1288 del Código Civil, y el de repudiación...; que, en consecuencia, se declare la rescisión de dicho contrato y, por lo tanto, se condene a la demandada a devolver a la sucesión de Demetrio Casallas, cónyuge sobreviviente y herederos, los bienes determinados en el punto primero de pedimentos... Para el caso de que no se accedan a la anterior declaración, hacer la de que los vendedores sufrieron lesión enorme en el contrato de compraventa... Que la rescisión queda consentida por la demandada, si dentro de los seis (6) días subsiguientes a la ejecutoria del fallo respectivo no satisface la diferencia entre el justo precio de los bienes y el precio pagado en virtud del contrato, con deducción de una décima parte, a que se refiere la opción del artículo 1948 del Código Civil... Que en el evento de que el demandado, o mejor demandada, consintiere en la rescisión del contrato, se cancele la inscripción de la citada escritura de compraventa... Que se condene a la demandada a pagar los frutos naturales y civiles que hayan producido los bienes desde la fecha de esta demanda, a la vez que lo del valor de los deterioros o pérdidas provenientes por culpa del comprador demandado, en el caso de que no optare por el pago del completo del precio"; y, en fin, que se condene en costas.

En la contestación de la demanda se afirmó que el contrato de venta es real, que el precio fue el comercial en la época en que aquél se celebró; se negaron algunos hechos, de otros se dijo que deben ser probados por el demandante, y, por último, se negó el derecho en que la pretensión se fundamenta.

En el alegato de primera instancia se propusieron excepciones que el demandado calificó "de falta de personería sustantiva en el apoderado de la parte demandante para proponer esta acción; la de inepta demanda y la llamada 'genérica'".

La sentencia de primer grado declaró no probadas las excepciones propuestas; absolvió a la parte demandada de la pretensión de simulación, y declaró lesivo el contrato de compraventa, no la cancelación "de la escritura pública número 2880 de 21 de septiembre de 1956", y condenó en costas.

Concedida la apelación que la parte demandada interpuso, el Tribunal conoció del negocio, y al revocar el fallo de primera instancia declaró probada la excepción de petición de modo indebido.

La sentencia del Tribunal.

Estudia el fallador las características de la acción de simulación y las de la lesión enorme, e infiere que por no haberse demandado a todas las personas que intervinieron en la formación del contrato contenido en la escritura pública número 2880, de 21 de septiembre de 1956, la demanda inicial del juicio es inepta. Cita en su apoyo sentencias de la Corte, y concluye de este modo:

"Luego es apenas natural que habiéndose omitido por la parte actora citar al juicio de la referencia a una de las partes que intervinieron en el contrato acusado de simulado o afectado del vicio de lesión enorme, la acción o acciones no podían tener virtualidad legal de producir efectos contra todos los que contrajeron las obligaciones contractuales, o, lo que es lo mismo, no podría desconocerse la validez y eficacia del contrato sin audiencia de esa misma parte, y lo contrario equivaldría a decidir la litis a espaldas de quien no ha sido oído y vencido en juicio".

La demanda de casación.

Son dos los cargos que la demanda presenta:

a) Por error de hecho evidente, "que consiste en querer cambiar las partes: la demanda dice que el *vendedor* de las dos casas, hoy la sucesión representada por la cónyuge y los herederos, demanda al comprador, que lo fue Ismenia Casa-

llas Cancino. Pero el Tribunal quiere que una persona que fue vendedora, doña Emilia Cancino viuda de Casallas, se demande a sí misma, siendo así que ella está representada por su hija María del Tránsito Casallas de Ortiz.

"María del Tránsito Casallas de Ortiz habla en nombre de la sucesión de Demetrio Casallas y, por tanto, habla en nombre de la cónyuge y de los herederos. Y demanda a Ismenia Casallas Cancino, que fue la compradora, pues así lo dice la escritura 2880, de 21 de septiembre de 1956, de la Notaría 2ª de Bucaramanga...".

Por razón de este error se dicen violados los artículos 227 del Código Judicial; 1947, 1226, 1235, 1236, 1237 y 1008 del Código Civil; y 18 de la Ley 45 de 1936.

b) "... Con base también en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por ser violatoria directamente de las disposiciones sustantivas que indicaré, por errores de interpretación, con lo cual quebrantó indirectamente los artículos 1946 a 1948 y concordantes del Código Civil, sobre rescisión de la venta por lesión enorme".

Esta censura tiene similar fundamento que el supuesto para respaldar la tacha anterior y, el recurrente, después de otras razones, la concreta así:

"La señora Emiliana Cancino de Casallas no debe figurar como demandada, sino como demandante, y como demandante está hablando por ella o en su favor (en favor de la herencia y de la sociedad conyugal con su difunto esposo) su hija María del Tránsito Casallas de Ortiz. La acción se dirigió, no contra 'el vendedor', sino contra el 'comprador', que aquí lo fue Ismenia Casallas Cancino".

Indica este cargo que las disposiciones violadas son los artículos 333 y 329 del Código Judicial, y 1946, 1947, 1948 y 1115 del Código Civil.

La Corte considera:

1º Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Formado el contrato, con el conjunto de las formalidades que le sean propias, adquiere perfección y su destino es el de producir los efectos que por su medio buscaron los contratantes. Con igual poder de voluntad el contrato puede ser invalidado por las partes, como también por causas legales, con intervención del órgano judicial y en virtud de la sentencia en que se declare la resolución, la rescisión, la nulidad o la simulación de ese acto jurídico.

El concurso de voluntades, modo espontáneo de crear o extinguir un contrato, o la manera forzada de hacerlo a través de la respectiva acción, supone precisamente la concurrencia de quienes intervinieron en su formación, sin que sea posible quitarle sus efectos a espaldas de sus genitores, hasta el punto de que si judicialmente se declarase ineficaz el convenio sin haber oído a una de las partes, no podría afectar la posición jurídica de quien no fue citado al juicio. Si se afirma que la extinción del contrato por modo voluntario supone consentimiento de todos los contratantes, la misma razón existe para que en el ejercicio de las acciones judiciales que buscan ese mismo resultado, se haga comparecer al juicio a todos los integrantes de la relación contractual; mal podría una sentencia afectar intereses de quien no fue citado al juicio, según principio emanado de la propia Constitución.

De proceder de otra manera, se llegaría al error lógico de desconocer el principio de contradicción y, en consecuencia, al error jurídico de sostener que un contrato pueda ser nulo y válido al mismo tiempo. La sanción de la lesión enorme es la rescisión del contrato, su nulidad relativa. No podría ser posible que el contrato sea válido para uno de los vendedores y nulo relativamente para el comprador y otro de los vendedores, como sucedería en el caso de autos. Para romper el contrato, para volver las cosas al estado que tenían al momento de su formación, y aun para que la parte respectiva pueda gozar del derecho consagrado por el artículo 1948 del Código Civil, es necesario, se repite, que todas las personas que formaron ese negocio jurídico sean citadas al juicio en que se trate de destruírlo o negarle eficacia.

De donde la demanda que pretenda acabar con el contrato y sus efectos debe citar al juicio a las partes que lo originaron. "Cuando la demanda implica necesariamente el pronunciamiento sobre un acto o contrato, de los cuales sea titular una persona que no ha sido llamada al juicio, para desconocerles valor o eficacia, la sentencia sobre el fondo de tal cuestión no puede proferirse, y se limita a desestimar la demanda, como consecuencia de tal omisión" (LXXIII, 2119-20. Cas. 20 de octubre de 1952).

2º Como la sentencia del Tribunal calificó de inepta la demanda, en virtud de no haberse hecho comparecer al juicio a Emiliana Cancino de Casallas, quien, con Demetrio Casallas Cordero, figura como vendedora, según aparece de la

escritura número 2880, no incurrió el fallador en el error de hecho evidente ni en el de derecho, señalados por el recurrente.

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 del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha catorce de octubre de 1960, proferida en este juicio ordinario de María del Tránsito Casallas de Ortiz contra Ismenia Casallas Cancino, sobre simulación de un contrato de compraventa.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

EFECTO DE LA FALTA DE TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION

La falta de técnica en el recurso extraordinario produce el efecto de que al fin y a la postre no llega a saberse, ni por el opositor —para poder referirse a los cargos— ni por la Corte, llamada a decidir sobre ellos, en qué consisten, y de allí el rigor con que la ley demanda que se llenen los requisitos propios del recurso: no es cosa formalista sino sustancial en la estructura del instituto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Abel Herrera Losada contra Israel Novoa A.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, fechada el 26 de febrero de 1962.

Recurrente: el demandante.

I

Antecedentes.

1. Abel Herrera Losada demanda a Israel Novoa A. ante el Juez Civil del Circuito de Villavicencio, en juicio reivindicatorio de una finca llamada "La Maravilla", situada en la vereda de Cañosnegros, Municipio de Villavicencio, con las súplicas de restitución; de pago de perjuicios causados por la destrucción de rastrojos y una cauchera, aprovechamiento de maderas de cedro, y "otras clases de perjuicios", que el actor estima en $ 14.000.00; de restitución de frutos, calculados en la suma de $ 6.000.00; de retención de las mejoras que hubiese en la finca el día de la entrega "para atender al pago de los perjuicios causados y de los frutos civiles"; de cancelación del registro de las escrituras números 792 de 13 de agosto de 1951, otorgada en la Notaría de Cáqueza, y 446 de 18 de agosto de 1953, de la Notaría de Villavicencio; y la subsidiaria de que los pronunciamientos solicitados se hagan a favor de la sucesión de Elvira Moreno de Velásquez, en cuyo interés obra el actor, como cesionario de los derechos del cónyuge sobreviviente, Pío Velásquez.

La finca está alinderada así: por un costado limita con terrenos o finca de José Rodríguez, hoy de María Salamanca, separa en parte una chucua; por otro costado limita con finca llamada "La Circacia", que fue de herederos de Adolfo Díaz, hoy de propiedad de María Salamanca, separa en parte una cerca de alambre; por otro costado limita con el río Guatiquía; por el último costado limita con tierras que fueron de Faustino Torres, hoy de Emilio Zapata y Rosa de Zapata.

2. Estos, los hechos, en síntesis:

Pío Velásquez compró dicho inmueble a Marco T. Clavijo el 26 de octubre de 1932 (escritura número 283, Notaría de Villavicencio);

Riveros desapareció del vecindario a causa de la violencia que se desató por aquella época en la región, y la finca quedó en manos de Carlina Ruiz, a quien demandó Pío Velásquez en agosto de 1950, para que se la entregase, a lo cual se negó aquélla, alegando ser propietaria del fundo;

Velásquez hubo de alejarse del lugar por la misma causa de la violencia y también por el fallo del Alcalde sobre amparo de posesión, desfavorable a él;

Compulsado Pío Velásquez por eso mismo, vendió la finca a Abel Herrera Losada (instrumentos números 548 de 28 de mayo y 1241 de diciembre 14 de 1951, Notaría del Circuito de Villavicencio);

Herrera Losada demandó a Carlina Ruiz y Eleuterio Cardoso, en reivindicación, ante el Juez Municipal de Villavicencio, acción que no prosperó por incompetencia de jurisdicción, debido a la cuantía del negocio;

Carlina Ruiz otorgó la escritura número 972 de 13 de agosto de 1951, de la Notaría de Cáqueza, mediante la cual dijo enajenar a Eleuterio Cardoso las mejoras existentes en la finca

de que se trata, incluso rastrojos y montaña, plataneras puestas por Herrera Losada y yucales comprados por éste a tres cultivadores de parcelas de dicha finca;

Eleuterio Cardoso le vendió, a su turno, a Israel Novoa A. las mismas mejoras (escritura número 446 de agosto 18 de 1953), Notaría de Villavicencio.

Carlina Ruiz, Eleuterio Cardoso e Israel Novoa han procedido de mala fe, porque tenían conocimiento de que el fundo perteneció, primero, a Pío Velásquez, y luego a Abel Herrera Losada; y por último que los procederes de los demandados han causado al actor los daños y perjuicios antes estimados.

3. El demandado acepta los hechos de que dan testimonio las escrituras públicas citadas; niega la existencia de los perjuicios; se opone a las peticiones formuladas y alega las excepciones de "carencia de derecho" e ilegitimidad de la personería sustantiva de ambos contendientes.

4. En demanda de mutua petición el demandado pide que en caso de que existan los títulos invocados por el actor se declare que no tienen origen legal y se ordene, en consecuencia, cancelar sus registros; que, demostrado que tiene la posesión de la finca, se haga el pronunciamiento de que tiene derecho a ocupar y poseer lo que tenga y posea, por ser y reputarse dichas tierras como baldías, y tiene, por tanto, mejor derecho a que se le reconozca como dueño de lo que ocupa y posee. Y para el caso de que la demanda principal sea decidida favorablemente al actor, se le reconozca, como poseedor de buena fe, derecho a retener el inmueble hasta cuando se le pague el valor de las mejoras existentes el día de la restitución.

Como fundamentos de hecho expone que el demandante no presenta título de adjudicación del Estado; que ni el actor ni el antecesor de éste han cumplido sus obligaciones de colonos; que entró a poseer el predio desde el 18 de agosto de 1953; su antecesor, desde el 13 de agosto de 1951, y antes lo habían poseído Carlina Ruiz y su esposo durante varios años.

Herrera Losada niega los hechos y el derecho invocados en la contrademanda.

5. La sentencia del Juez declara no probadas las excepciones; reconoce al actor la propiedad de la finca; ordena al demandado restituírsela contra el pago que éste debe hacerle de $ 12.300, por concepto de mejoras, según avalúo verificado el 23 de junio de 1955, debiéndose liquidar las otras prestaciones según el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial; niega las demás súplicas del libelo y las principales de la contrademanda, y declara poseedor de buena fe al demandado.

6. Apelada esta sentencia por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio revocó los numerales 6º, 7º y 8º, y resolvió, además:

"El demandado Israel Novoa A. es poseedor de mala fe del inmueble materia de este litigio, y de consiguiente se le condena a restituír o a pagar, según el caso, a favor de Abel Herrera Losada los frutos naturales y civiles del referido inmueble en la forma y términos expresados en el artículo 964 del Código Civil.

"Se condena al demandante, Abel Herrera Losada, a pagar al demandado Israel Novoa A. el valor de las mejoras existentes y que éste compró a Eleuterio Cardoso, según escritura pública número 446, de fecha 18 de agosto de 1953, otorgada ante el Notario de Villavicencio.

"Las prestaciones a que hace referencia el aparte anterior, deben ser satisfechas por Abel Herrera Losada simultáneamente con la entrega de la finca referida en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, y a favor de Israel Novoa A.

"Toda regulación que hubiere que hacer será en la forma y términos del artículo 553 del Código Judicial.

"No hay costas en la instancia".

El demandado ha solicitado de la Corte la infirmación de dicha providencia. Ambos litigantes se han hecho presentes en el recurso.

II

La sentencia acusada.

7. Circunscribe el examen del fallo de primera instancia a lo desfavorable al actor, por haber apelado únicamente esta parte, es decir, a la calificación de buena fe que da al demandado y a la condena del demandante a pagar a aquél una suma de pesos a título de mejoras.

Fundamenta el sentenciador la calidad de mala fe que atribuye al demandado, así:

"Veámoslo: A folio 13 del cuaderno número 1 aparece la escritura otorgada ante el Notario de Villavicencio, que con fecha 18 de agosto de 1953 Eleuterio Cardoso transfirió a título de venta a Israel Novoa A. todas las mejoras de su propiedad existentes en la finca agrícola denominada 'Santa Fe', que es la misma llamada 'La Maravilla', según aparece verificado en la diligencia de inspección ocular.

"Con fecha 13 de agosto de 1951, y ante el Notario del Circuito de Cáqueza, aparece que Carlina Ruiz viuda de Riveros se presentó vendiendo a Eleuterio Cardoso todas las mejoras existentes en la finca 'Santa Fe', con la advertencia expresa consignada en la cláusula cuarta de la escritura que, 'ratifican los contratantes que la venta se refiere solamente a las mejoras'. Luego en la cláusula segunda de la misma escritura se consigna: 'Que le hace la venta de las mejoras sin reservarse parte ni derecho alguno, reservándose la propiedad de la finca'.

"El demandado Israel Novoa A. no sólo se opuso a la acción reivindicatoria sino que contrademandó para que se le reconociera el dominio en la finca 'La Maravilla', y sólo subsidiariamente reclamó las mejoras, cuando en realidad, de la titulación que contaba a su favor, únicamente aparecía con derecho a unas mejoras que había comprado a Eleuterio Cardoso. Por tanto, a esto ha debido limitarse Israel Novoa, y no oponerse a la reivindicación del inmueble, para evitarse la consideración presente de si era poseedor de buena o de mala fe, que por la carencia de título traslaticio del inmueble no se puede poner la menor duda, que su carácter de poseedor del inmueble lo era de mala fe".

En relación con las mejoras, se limita a reconocer al demandado el valor de las existentes que hubiesen sido vendidas por Eleuterio Cardoso a Novoa A., según escritura número 446 de agosto 18 de 1953, pasada en la Notaría de Villavicencio; pero no el de las puestas por el mismo Novoa A., por haber sido requerido para que no lo hiciera por el Juez Municipal de Villavicencio el 11 de diciembre de 1953.

III

La acusación de la sentencia.

8. Se impugna por inconsonancia —casi de manera ocasional al desarrollar el cargo principal—. Pero, no dice el recurrente en qué consiste la incongruencia.

9. La impugnación se desenvuelve en torno a la causal primera de casación, por error de hecho "en la apreciación de los elementos fundamentales del proceso, contestación de la demanda principal, demanda de reconvención, documentos y pruebas", y se agrega que el error de hecho llevó al sentenciador "a cometer el error de derecho de dejar de aplicar o aplicar indebidamente los artículos 673, 762, 763, 764, 768, 769, 770, 954 y 1759 del Código Civil.

Se considera:

10. Al desarrollar el cargo, afirma el recurrente que el demandado se acogió desde un principio al artículo 762 del Código Civil, según el cual al poseedor se le reputa dueño mientras otro no pruebe que lo es. Pero este ángulo de la acusación es inoperante, primero porque descuida el centro de la misma, que consiste en errores de hecho; y luego porque la argumentación basada en dicho texto tiende a demostrar la propiedad del demandado, en razón de la posesión, y por este aspecto la sentencia es inatacable, ya que Novoa A. se conformó con la de primer grado, que declaró el dominio a favor de Herrera Losada.

No obstante esto, prosigue sosteniendo la posición de propietario de la finca, en favor del demandado Novoa A., pero ya con apoyo en la condición de baldías de las tierras componentes del fundo de la reivindicación; mas este nuevo razonamiento cae también en el vacío, por la causa antedicha de no haber recurrido el demandado de la decisión de primera instancia.

Entra luego en disquisiciones sobre la buena fe que la sentencia del Tribunal le niega al demandado, todas ellas extrañas a la técnica del recurso de casación, sin señalar las pruebas, precisamente, en cuya apreciación errara de hecho el Tribunal, ni exponer los conceptos en que hubiese violado la ley sustancial, a consecuencia de tales errores. Al iniciar el cargo afirma que éstos tocan con la contestación de la demanda principal y la de reconvención, y con "otros documentos y pruebas"; mas respecto de las primeras, no demuestra tales yerros, que han de verse manifiestos, según exigencia del recurso, por tratarse de inconformidad del fallo con los elementos materiales del proceso; y en cuanto a los últimos, no dice cuál o cuáles de los "otros documentos o pruebas" hayan sido tan mal estimados que merezcan al fallador la tacha de haberse equivocado de la misma manera.

La falta de técnica en el recurso extraordinario produce el efecto de que al fin y a la postre no llega a saberse, ni por el opositor —para poder referirse a los cargos— ni por la Corte, llamada a decidir sobre ellos, en qué consisten, y de allí el rigor con que la ley demanda que se llenen los requisitos propios del recurso: no es cosa formalista sino sustancial en la estructura del instituto.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *no casa* la sentencia de fecha veintiséis (26) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio ordinario de Abel Herrera Losada contra Israel Novoa A.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RADIO DE ACCION DE LA CORTE EN EL RECURSO DE CASACION

Inadmisibilidad de la prueba testimonial acerca de contratos mayores de quinientos pesos.

1. Siendo la casación un recurso de carácter extraordinario, la demanda en que se sustenta debe someterse a las formalidades que señalan los artículos 520 y 531 del Código Judicial. La razón de ser de esta exigencia radica en que la Corte, al considerar el recurso, tiene circunscrito su radio de acción a los límites señalados por la demanda, dado que no puede entrar oficiosamente en la consideración de cuestiones que no se le hayan planteado concretamente. Esta es la diferencia que existe entre el fallador de instancia y el Juez de casación: aquél tiene atribuciones amplias para examinar las cuestiones de hecho y de derecho, en tanto que las de la Corte en casación están restringidas a examinar las causales invocadas dentro de los términos que el artículo 520 citado fija a cada una de ellas, y siempre que la demanda llene la forma que prescribe el artículo 531.

2. El testimonio de una persona acerca de que, como presencial de un contrato de compraventa, le consta que éste se cerró "para entregar la casa en el estado en que se encontraba cuando se hizo la promesa", por sí solo no acredita el hecho (Art. 696 del C. J.) ni es aceptable dado que adiciona o altera un contrato otorgado por escrito de valor de más de quinientos pesos, y además solemne (Art. 91, Ley 153 de 1887).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

José Adán Macías siguió juicio ordinario contra Julia Oliva Munar de Gutiérrez para que se hicieran estas declaraciones y condenaciones:

a) Que la demandada Munar de Gutiérrez "no ha cumplido en la forma, modo y tiempo debidos" el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1788, extendida en la Notaría 2ª de Bogotá el 10 de abril de 1958, "por no haber verificado la entrega de la finca número 10-07 Sur de la carrera 6ª de Bogotá, ni en la fecha convenida ni 'en el perfecto buen estado' pactados en la cláusula 1ª del instrumento público precitado".

b) Que, en consecuencia, se le condene a cumplir el contrato de compraventa dicho y a pagar al demandante los perjuicios causados por el incumplimiento, o sea por no haber entregado la casa "en perfecto buen estado" en que la vendió, ni en la fecha acordada, contraprestaciones que estima en la cantidad de $ 10.000.00, sin perjuicios del justiprecio que se haga por peritos, teniendo en cuenta las pruebas del estado en que estaba la casa el día de la entrega, del precio pagado por el actor y de la improductividad en que ha estado "mientras no sea puesta a tono con la cláusula 1ª de la escritura número 1788 de 10 de abril de 1958".

c) Subsidiariamente, que se condene a la demandada al saneamiento de los vicios redhibitorios existentes en la finca, objeto de la venta, y a la correspondiente indemnización de perjuicios causados por el pésimo estado en que la entregó, y se le condene también al pago de los servicios de luz y de agua que quedó debiendo.

d) Que como consecuencia de la anterior declaración, se decrete la rescisión del contrato de compraventa recogido en la citada escritura 1788 de 10 de abril de 1958, y la devolución de la suma que recibió la demandada como precio, y el pago de los perjuicios, que estima en la suma de $ 10.000.00; o que se rebaje del precio pagado la cantidad de $ 5.000.00 que costó la reparación total de la casa para ponerla en el estado en que debía haber sido entregada.

Los hechos expuestos como causa de la demanda se resumen así:

1º Julia Oliva Munar de Gutiérrez, por escritura número 1788 de 10 de abril de 1958, de

la Notaría 2ª de Bogotá, vendió a José Adán Macías la casa y solar en que está edificada, distinguida con el número 10-07 Sur de la carrera 6ª de Bogotá, determinada como se expresa en la escritura y en la demanda, y se obligó a entregársela desocupada, "en perfecto buen estado", siendo de su cargo "cualquier daño o desmejora", en el término de treinta días, contados desde la fecha del contrato, y a responder por evicción "de cualquier daño o defecto de construcción o titulación".

2º La vendedora no entregó la finca vendida en la forma convenida, "pues lo hizo cuatro días después de la fecha acordada y dejando la finca en pésimo estado por deterioros de sus paredes interiores y exteriores, pisos, puertas, ventanas, techados, canales, instalaciones de luz, sin fallebas ni chapas las puertas y ventanas, sin vidrios, dañada la estufa y tanque del sanitario, debiendo los servicios de agua y luz causados en los tres meses anteriores, y en completo desaseo".

3º El comprador aun antes del tiempo convenido cumplió con la totalidad de sus obligaciones.

4º El incumplimiento de la vendedora en sus obligaciones le ha causado y le causa perjuicios al comprador demandante, representados en la disminución del valor del inmueble y la improductividad en que se encuentra la suma de $ 25.000.00 que dió como precio, a razón de $ 300.00 mensuales.

La demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas impetradas, y negó los hechos invocados por el actor.

El Juzgado decidió el primer grado del juicio en sentencia de doce de diciembre de mil novecientos sesenta, por la cual resolvió:

1º Declarar que Munar de Gutiérrez incumplió parcialmente el contrato celebrado con Macías "sobre el inmueble 10-07 Sur de la carrera 6ª de esta ciudad, y de que da cuenta la escritura número 1788 de 10 de abril de 1958, de la Notaría 2ª de Bogotá, por no haber hecho entrega del inmueble en las condiciones pactadas en ese instrumento público".

"2º Condenar a la señora Julia Oliva Munar de Gutiérrez a pagar al demandante la suma de cinco mil trescientos noventa y cuatro pesos con noventa centavos ($ 5.394.90), en que fueron avaluados los perjuicios sufridos por el actor, en virtud de la no entrega del predio en la forma estipulada en la escritura.

"3º Condénase en las costas del juicio a la demandada. Tásense".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la alzada en que le llegó el fallo del Juzgado propuesta por la demandada, lo confirmó por medio del que lleva fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

Motivación de la sentencia de segundo grado.

Halla el Tribunal que, de acuerdo con los términos de la escritura número 1788 de 10 de abril de 1958, Munar de Gutiérrez le vendió a Macías el dominio sobre la casa y lote número 10-07 Sur de la carrera 6ª de esta ciudad, "de construcción de teja de barro y zinc, ladrillo, madera y cemento, pisos de baldosín y madera, compuesta de nueve (9) piezas y servicios sanitarios, en perfecto buen estado", y obligándose a entregarla desocupada "en el término de treinta (30) días, contados desde la fecha de esta escritura, pagando al comprador la suma de trescientos pesos y respondiendo de cualquier daño o desmejora; que el comprador pagó el precio estipulado de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00); y que la casa le fue entregada al comprador el 12 de mayo siguiente en el mal estado de que dan cuenta los declarantes Ana Elvira Chaparro, Silverio Benavides, quienes con Luis E. Mantilla suscribieron el acta de entrega, en la cual anotan que las puertas de la casa no tienen cerraduras ni picaportes ni fallebas, excepto la principal, que tiene una chapa insegura; la instalación de luz está en pésimo estado; las paredes necesitan resanes en varias partes; se notan goteras en las piezas interiores; el techo del comedor tiene un desplome, el que está protegido con un listón de madera...; los tablados están dañados y con endidudas (sic) en la mayoría de las piezas, y las puertas son de pésima construcción, en forma que da la sensación de una construcción provisional de la casa...".

Sobre el alcance de la manera como debía hacer la demandada la entrega al actor y la forma en que lo hizo, se refiere a la exposición de la vendedora en posiciones, en la cual manifiesta que "el inmueble se vendió, y debía, por consiguiente, entregarse en el estado en que se encontraba cuando fue inspeccionado por Macías para la compra, y que era precisamente el mismo en que posteriormente se le entregó", y prosigue: "... así habría de aceptarse, si por la escritura en que se solemnizó el contrato, o por medios adecuados distintos, no apareciera desvirtuada la naturaleza (sic) y obvia presunción en que se colocan las partes, cuando conocido claramente el objeto que es materia del contrato, y, por consiguiente, el estado en que se halla, resuelven

perfeccionarlo: inversamente a como sucede respecto a los llamados vicios redhibitorios o defectos ocultos, que por serlo, el comprador pudo ignorarlos sin negligencia grave de su parte, haciendo inadecuada la cosa para el uso natural, o permitiéndolo sólo de manera imperfecta, 'de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado, o la hubiera comprado a mucho menos precio' ''. (Art. 1914 del C. C.).

''Pero sucede que de acuerdo con los términos propios de la escritura, el inmueble se vendió 'en perfecto buen estado' (cláusula primera), obligándose la vendedora a entregarla 'desocupada... y respondiendo de cualquier daño o desmejora' (cláusula quinta). Y porque esos 'perfecto buen estado' y responsabilidad de la vendedora por 'cualquier daño' no pueden ser interpretados dentro del principio de la buena fe que debe presidir todas las estipulaciones, sino como la natural obligación de hacerle al inmueble todas las reparaciones necesarias para el uso a que naturalmente estaba destinado, y que desde luego tenía que comprender la de los daños y deterioros que para la fecha en que le conoció el comprador, ofrecía en su presentación y servicios. El 'perfecto buen estado' de que habla la escritura es contrario e incompatible con el *mal estado* en que, según las declaraciones de quienes presenciaron la entrega, y la inspección que con citación y audiencia de la vendedora se llevó a cabo nueve días después, fue recibida la finca por el comprador, y que corresponde exactamente al mismo en que la había conocido para iniciar el acuerdo. Por ello, pues, debe reconocerse como demostrado el incumplimiento contractual por parte de la señora demandada, conforme a la especificación de desperfectos y estimación de su valor que hicieron los señores peritos en el juicio...''.

Transcribe las partes pertinentes de las razones por las cuales aquellos avalúan los perjuicios así: daño emergente, la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y cuatro pesos con noventa centavos ($ 4.544.90), y el lucro cesante en la cantidad de ochocientos cincuenta pesos ($ 850), y concluye: ''En consecuencia, y conforme a la decisión del Juzgado, con lo que resulta de las anteriores consideraciones, el fallo recurrido debe mantenerse''.

El representante de la demandada impugnó la decisión del Tribunal con el recurso extraordinario de casación, que se decide, una vez recibida la tramitación que le es propia.

El recurso.

Dos tachas le formula la demanda a la sentencia: una con fundamento en el primer motivo, que consagra el artículo 520 del Código Judicial, en cuanto violó los ''artículos 1618, 1621, 1622, 1880, 1884 y 1546 del Código Civil y 601 del Código Judicial''.

La violación de estas normas, agrega el recurrente, ''se produjo por falta de apreciación de pruebas y por interpretación errónea de ellas, lo que condujo al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 1884 y 1546 del Código Civil al imponer perjuicios a la parte demandada (sic) por incumplimiento parcial del contrato de venta''.

Las razones en que funda este aserto se resumen así:

La sentencia interpreta y aplica erróneamente la escritura que recoge el contrato de venta, error proveniente de falta de apreciación de estas pruebas:

a) Del contrato de promesa que precedió al de compraventa, en el cual no se habló de ''perfecto buen estado'', ni se previó cosa alguna relacionada con obras por efectuar antes de la venta o de la entrega, ni de desperfectos alegados después que no fueron materia del contrato porque no los contempla estipulación alguna. Por lo demás, ''el contrato de venta está calcado en el documento de promesa en todo y por todo aspecto''.

b) Fuera de la diferencia sustancial entre la escritura y el documento de contrato de promesa, obra la declaración de Julio R. Jiménez, testimonio aducido por el actor, quien afirma que Macías elaboró la minuta para la escritura de venta y se la presentó a la vendedora.

c) Y el declarante Luis C. Mantilla T. manifiesta, por haber presenciado la celebración del contrato, que éste ''fue cerrado para entregar la casa en el estado en que se encontraba cuando se hizo la promesa'', y que quien escribió la promesa de venta fue Julio Roberto Jiménez, secretario de Macías, quien entonces desempeñaba el cargo de Juez 8º de Instrucción del SIC.

Sobre la entrega de la casa expone al impugnante:

1º La escritura dice que la entrega de la casa se hará treinta días después del otorgamiento de la misma, ''desocupada, pagando al comprador la suma de $ 300.00 y respondiendo de cualquier daño o desmejora''.

2º Obra también un recibo firmado por el actor, por la suma de $ 300.00, ''valor del arren-

damiento de la casa", en cuya diligencia de reconocimiento manifestó el demandante que con dicho recibo acredita que la finca quedó en poder de la vendedora en las condiciones que reza la escritura de compra, y que estaba "a lo favorable de dicho documento, pues no obstante haber recibido la totalidad del precio, la finca no fue entregada en la fecha de la escritura".

Comenta el acusador que la manifestación del actor en el reconocimiento del recibo, indica que la entrega se le hizo el día de la venta, porque si arrendó la casa y recibió el canon de arrendamiento "fue porque pudo hacer acto de dueño que es lo que constituye esencialmente la posesión. Otro es el fenómeno jurídico entre arrendador y arrendatario, si se incumple el contrato "que en este caso no aparece incumplido por parte alguna, o si causa daños o desmejoras al bien arrendado o en el bien arrendado".

Anota que así lo entendió el comprador como se deduce de la manifestación que hizo al reconocer el recibo citado.

Y prosigue el impugnante: "Como las anteriores pruebas no fueron apreciadas por el fallador, de segunda instancia, al interpretar el contrato de venta, se cumple el caso previsto en el artículo 520 del Código Judicial, cuando señala como causal de casación la violación de la ley sustantiva por 'falta de apreciación de determinada prueba' ".

Esta omisión llevó al Tribunal a infringir los artículos citados así: 1618 del Código Civil —de la promesa del contrato, de la manifestación del actor al reconocer el recibo de arrendamiento y de las declaraciones anotadas—... se deduce, sin lugar a duda, que lo que fue materia del contrato fue lo que existía cuando se hizo el contrato de promesa, que es lo mismo que recibió él, ya que no se trajo prueba alguna que demuestre otra cosa. "Al acoger el fallo la frase introducida habilidosamente por el comprador del 'perfecto buen estado', obró el sentenciador contra la letra del citado artículo cuando preceptúa que 'conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras' ".

Aparecen igualmente violados los artículos 1621, 1622 y 1624 del Código Civil: el primero, porque dejó de aplicarse en cuanto no se acogió la voluntad de los contratantes deducida de las pruebas no apreciadas por el fallador sin que aparezca demostrada voluntad contraria. El segundo, porque las cláusulas del contrato de venta debían interpretarse teniendo en cuenta las de la promesa. El tercero, en razón de que no sólo no se interpretó la cláusula en favor de la vendedora, sino que no se tuvo en cuenta que tanto el contrato de promesa como la minuta para el de venta fueron redactados por el comprador, en desventaja con la vendedora.

Por la misma razón resulta infringido el artículo 601 del Código Judicial.

Las anteriores omisiones condujeron al Tribunal a violar, por interpretación errónea, el artículo 1884 del Código Civil, porque se quiere obligar al vendedor a entregar lo que no vendió, y el 1546, ibídem, puesto que se condena al demandado a pagar perjuicios por el incumplimiento de un contrato que no ha ocurrido.

Se considera:

Siendo la casación un recurso de carácter extraordinario, la demanda en que se sustenta debe someterse a las formalidades que señalan los artículos 520 y 531 del Código Judicial. De estas normas dispone la segunda que se exprese la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo; y la primera que "si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en el error de derecho o en el de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

La razón de ser de esta exigencia radica en que la Corte, al considerar el recurso, tiene circunscrito su radio de acción a los límites señalados por la demanda, dado que no puede entrar oficiosamente en la consideración de cuestiones que no se le hayan planteado concretamente. Esta es la diferencia que existe entre el fallador de instancia y el Juez de casación: aquél tiene atribuciones amplias para examinar las cuestiones de hecho y de derecho, en tanto que las de la Corte en casación están restringidas a examinar las causales invocadas dentro de los términos que el artículo 520 citado fija a cada una de ellas, y siempre que la demanda llene la forma que prescribe el artículo 531.

El acusador en el paso de la demanda en que enuncia la tacha se limita a expresar que la violación de los preceptos sustantivos invocados "se produjo por falta de apreciación de pruebas y por interpretación errónea de ellas". Luego de referirse a las pruebas sobre que versa el cargo, dice que, como ellas no fueron apreciadas por el fallador de segunda instancia al interpretar el contrato de venta, "se cumple el caso previsto en el artículo 520 del Código Judicial cuando señala como causal de casación la violación de la ley sustantiva 'por falta de apreciación de determinada prueba'. No vio, empero, el recurrente,

que la misma norma le imponía, en primer término, alegar si se trataba de un error de hecho o de derecho, y en segundo, demostrar la evidencia del primero.

Esta deficiencia de técnica es suficiente para desechar el cargo.

Con todo, aceptando que la tacha fuera por error de hecho, por cuanto no cita preceptos que fijen el alcance probatorio de los medios que dice se dejaron de apreciar, sino las normas sustantivas infringidas indirectamente, se advierte:

El fallador sí tuvo en cuenta el contrato de promesa, toda vez que lo primero que considera es la alegación de la demandada referente a que el inmueble que vendió y entregó fue el que el comprador Macías inspeccionó para la compra, es decir, cuando firmó la promesa, alegación que, dice el fallo, "habría de aceptarse, si por la escritura en que se solemnizó el contrato, o por medios adecuados distintos, no pareciera desvirtuada la natural y obvia presunción en que se colocan las partes, cuando conocido claramente el objeto que es materia del contrato, y, por consiguiente, el estado en que se halla, resuelven perfeccionarlo".

Es cierto que en la promesa no se habló del perfecto buen estado en que la vendedora debía entregarle la finca a Macías. La introducción de este pacto en el contrato de venta modificó el precontrato en lo que al respecto tuviera de obligatorio, sin que pueda decirse que el sentenciador dejó de estimar la promesa por cuanto acogió lo que las partes libre y voluntariamente acordaron sobre el estado en que la casa debía ser entregada.

El testimonio de Luis E. Mantilla de que, como presencial del contrato, le consta que éste se cerró "para entregar la casa en el estado en que se encontraba cuando se hizo la promesa", por sí solo no acredita el hecho (Ar. 696 del C. J.), ni es aceptable dado que adiciona o altera un contrato otorgado por escrito de valor de más de quinientos pesos, y además solemne (Ar. 91, Ley 153 de 1887).

El mismo testimonio y el de Julio R. Jiménez respecto de que Macías extendió el contrato de promesa y la minuta de la venta, serían atendibles si se tratara de que hubiera ambigüedad en la estipulación de la entrega del inmueble vendido en perfecto buen estado, pero a nada lleva el dicho de estos declarantes con relación a la circunstancia de que la casa debía ser entregada en perfectas condiciones de ser habitable.

Infiérese que, si la promesa de venta fue modificada por el propio contrato de compraventa, en cuanto se estipuló en éste que Munar de Gutiérrez debía entregarle a Macías la casa en perfecto buen estado; y que si los testimonios de Mantilla y Jiménez no son aceptables para acreditar dicha estipulación, su no apreciación por el Tribunal para acreditar tal hecho, no constituye error flagrante de hecho.

Referente a la acusación por el aspecto de que el Tribunal no vio las pruebas demostrativas de que la casa fue entregada por la vendedora el día en que se perfeccionó la venta, cabe observar: el libelo expuso entre los hechos generadores de la acción no haberse entregado el bien vendido en la forma convenida en el instrumento de compraventa ni en la fecha acordada. La sentencia impugnada solamente se ocupó del primero que halló plenamente demostrado y suficiente para confirmar el fallo de primer grado. En estas condiciones, sin destruír este soporte, a nada conduce la aceptación de que la casa fue entregada el día de la venta, si queda en pie la verdad procesal de que la entrega no se hizo en la forma convenida.

El segundo cargo lo propone así:

"Invoco como segundo motivo de casación la indebida aplicación que hace el sentenciador al caso del pleito de los artículos 1546 y 1884 del Código Civil, al considerar incumplido el contrato por parte de la vendedora, cuando tal incumplimiento no sólo no aparece demostrado sino ejecutado íntegramente su cumplimiento por la vendedora, aplicación indebida en que incurrió el sentenciador por la falta de consideración y aplicación de la prueba de que trata el capítulo anterior".

Se considera:

Si la indebida aplicación de los artículos 1546 y 1884 del Código Civil proviene de no haber considerado y aplicado el fallador "la prueba a que se refiere el cargo anterior", la tacha es ya la considerada, y propuesta con la misma deficiencia de no indicar si la basa en error de hecho o de derecho, ni de demostrar la evidencia del primero, caso que de él se tratara. De otra parte, queda visto cómo las pruebas invocadas en el capítulo anterior no tienen ninguna relación con el fundamento de hecho del fallo, que es la plena comprobación de que la vendedora no entregó la casa en el perfecto buen estado pactado en el contrato de venta.

No prospera la tacha.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en razón de lo expuesto, administran-

do justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el diez y nueve de mayo de mil novecientos sesenta y uno, en el juicio ordinario de Adán Macías contra Julia Oliva Munar de Gutiérrez.

Las costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARTICION

Distribución del patrimonio del causante que deja madre y cónyuge como herederos.—En casación no se pueden formular nuevas objeciones a la partición.

1. Normas de hermenéutica, disposiciones modificadoras de la distribución de bienes herenciales cuando tienen vocación hereditaria simultáneamente ascendientes legítimos y el cónyuge supérstite, y principios de equidad, permiten, como pasa a verse, salvar la aparente incongruencia o antinomia entre los artículos 1249 y 1052 del Código Civil, ya que, según el primero, la cuarta no testada acrecería a la legítima rigorosa de la ascendiente legítima para formar la efectiva, en tanto que, por el segundo, dicha parte se imputa a la intestada para completar la cuota que abintestato le corresponde al cónyuge heredero, o sea la mitad del bien relicto.

Es cierto que el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, para encontrar la recta interpretación de disposiciones incompatibles, entre otras reglas, establece la de que, cuando tales disposiciones tengan una misma especialidad y se hallen en un mismo código, "preferirá la disposición consignada en el artículo posterior", pero este supuesto no se da en el evento contemplado, toda vez que el artículo 1052 se refiere a la cuota correspondiente al heredero no legitimario, y el 1249 se ocupa del heredero legitimario. Quizá por la dificultad de hallar en un mismo código normas incompatibles que tengan la misma especialidad que hagan posible la aplicación de este criterio, el artículo 5º de la Ley 153 de 1887 modificó aquél al decir: "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones oscuras o incongruentes".

Esta norma, fijando la equidad natural como el ámbito dentro del cual la crítica y la hermenéutica aclaren disposiciones incongruentes, señala un criterio más amplio, para que la jurisprudencia cumpla con la finalidad de fijar la verdadera interpretación de la ley en los casos dudosos. Por eso en Colombia el fallador cuenta con una norma que no contiene el Código de Chile, la cual le da un poder de interpretación que le permite armonizar las normas contradictorias o antinómicas.

Dentro del plano de la equidad natural, habida consideración de que generalmente el afecto que une a los esposos es en relación con el de los padres de una intensidad por lo menos igual, se justifica el que los bienes del cónyuge fallecido que deja ascendientes y cónyuge se repartan en porciones iguales, ya que la distribución de los bienes relictos en todos los órdenes de sucesión tienen como principal soporte el cariño del de cujus con sus herederos o sucesores.

Resulta también más acorde con la socialización del derecho, que cada día se extiende más en la interpretación y aplicación de la ley, y que consiste en ampliar los beneficios a los menos favorecidos, el que el patrimonio del causante que deja madre y cónyuge como herederos, dada la duda nacida de la incongruencia de las normas que regulan su distribución, se distribuya en la proporción que deja a salvo la legítima rigorosa de aquélla, da eficacia al precepto que asigna la mitad al cónyuge como heredero abintestato, y dispone imputar a ésta la porción testamentaria.

Ha de tenerse en cuenta que por el artículo 1046 del Código Civil en el orden hereditario de los ascendientes legítimos y el cónyuge, éste recogía solamente una cuarta parte y tres aquéllos. Por lo tanto, al ser modificado este precepto por el artículo 19 de la Ley 45 de 1936, en cuanto asigna una mitad de la herencia a los ascendientes y la otra al cónyuge, armoniza mejor con el espíritu del artículo 1052, cuya aplicación cuando concurren legitimarios y asignatarios no forzosos, deja a salvo las legítimas.

Sería esta otra razón para considerar que no sea necesaria reforma que, como en Chile, disponga que el artículo 1249 sólo se aplica cuando concurren solamente legitimarios.

2. El recurso extraordinario de casación concedido por el artículo 519 del Código Judicial contra las sentencias que aprueban las particiones hechas en juicios de sucesión, divisorios de bienes comunes o de liquidación de sociedades disueltas, versa exclusivamente sobre las objeciones propuestas al darse traslado del trabajo de partición, y que fueron resueltas por los falladores de primera y segunda instancia. En muchas oportunidades ha repetido la Corte que en casación no se pueden proponer nuevas objeciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos sesenta y tres./

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

Yolanda Giraldo de Betancourt contrajo matrimonio con Jesús Betancourt González el 28 de junio de 1952 en la Parroquia del Sagrado Corazón de Jesús, de la ciudad de Armenia.

El 4 de mayo de 1955 otorgó testamento ante el Notario Primero de aquel Circuito, del cual conviene destacar estas cláusulas: "*Tercera.* Dejo la cuarta de mis bienes de que puedo disponer libremente a mi citado esposo Jesús Betancourt González, quien vive, y en cuyo matrimonio no hemos procreado hijos. *Cuarta.* Si al momento de mi muerte no viviere mi citada madre y yo no tuviera descendientes, tocarán todos mis bienes a mi esposo, a quien instituyo en tal caso heredero universal".

La testadora murió el 22 de noviembre de 1957, sobreviviéndole como heredera la madre, Julia Puerta viuda de Giraldo, y el cónyuge, Jesús Betancourt González.

Radicado y abierto el juicio de sucesión en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Armenia, a solicitud del apoderado fueron declarados herederos de la causante en su condición de cónyuge sobreviviente, el segundo, y de madre legítima, la primera.

Llegada la mortuoria a la etapa de partición del patrimonio hereditario, constituído por una finca de la causante, situada en el Municipio de Circacia y avaluada en $ 71.550.00, el partidor designado por los dos interesados, dando aplicación al testamento y a los artículos 1052, 19 y 21 de la Ley 45 de 1936, dividió el bien inventariado en dos partes iguales, por un valor cada una de $ 35.775.00, y las adjudicó por separado a la madre y al cónyuge supérstite.

El representante del cónyuge objetó la cuenta de partición, porque la testadora, al expresar en su memoria "dejo la cuarta parte de mis bienes de que puedo disponer libremente a mi citado esposo...", lo favoreció "con la parte de bienes de que podía disponer libremente, esto es, con la mitad de los bienes, según el artículo 23, inciso 2º de la Ley 45 de 1936".

Separada así la parte de libre disposición, "el remanente debía distribuírlo por iguales partes entre el cónyuge y la ascendiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 45 de 1936, inciso 3º".

Para el objetante no es el caso de imputar a la cuota que le corresponde abintestato, la asignación testamentaria, "porque debe prevalecer la voluntad expresa de la testadora" (inciso 3º del artículo 1052 del C. C.).

Pasando la objeción a números, la partición debía hacerse así:

Hijuela del cónyuge:

Asignación testamentaria, o sea la parte de libre disposición . . .$	35.775.00
Porción abintestato	17.887.50
Suma . . . . . .$	53.662.50

Hijuela de la madre:

La cuarta parte restante . . . . . .$	17.887.50

A su turno, el procurador de la heredera formuló objeciones, así:

A la madre de la causante, como legitimaria que es, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, le corresponde la mitad de la herencia.

Como la testadora sólo dispuso de la cuarta parte de sus bienes en favor del cónyuge sobreviviente, la otra cuarta de que podía disponer y no lo hizo, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1249 del Código Civil, acrece a la legítima de la madre de la causante.

Al cónyuge supérstite le corresponde solamente la cuarta asignada en la memoria testamentaria.

Según esto, la hijuela de Julia Puerta viuda de Giraldo, sumadas la legítima y la cuarta que acrece a ella, debe tener un valor por la suma de cincuenta y tres mil seiscientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 53.662.50).

La de Jesús Betancourt González, cónyuge sobreviviente, a quien corresponde la cuarta parte que le señaló la testadora, tiene un valor de diez y siete mil ochocientos ochenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 17.887.50).

El Juzgado falló en primera instancia el incidente de objeciones declarando probada la formulada por el apoderado del cónyuge "por cuanto no se aplicó debidamente el artículo 1052 del Código Civil", y dispuso, en consecuencia, que el partidor reforme el trabajo "en el sentido de deducir del acervo líquido, en primer término, como porción asignada al cónyuge Jesús Betancourt G., y al cual debe adjudicársele exclusivamente la cuarta de libre disposición, y que el remanente, o sean las tres cuartas partes restantes de dicho acervo, se distribuya por igual, para los asignatarios del señor Betancourt, y la señora Julia Puerta viuda de Giraldo".

Declaró no probada la objeción presentada por el representante de la heredera Puerta viuda de Giraldo.

Recurrida en apelación esta providencia, el Tribunal la desató en fallo de veintiocho de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, por el cual confirmó los ordinales segundo y tercero, y revoca el primero en cuanto declara probada una objeción, y resuelve: "A) Decláranse no probadas las objeciones que se formularon contra la partición de los bienes efectuada en este juicio sucesorio de la señora Yolanda Giraldo; B) Apruébase la expresada partición de bienes; C) Inscríbase tanto esta sentencia como la partición aludida en los correspondientes libros de registro; D) Protocolícese el expediente relativo a esta sucesión en la Notaría que prefieran los interesados".

Motivación de la sentencia del Tribunal.

Analiza los fundamentos de derecho que tuvo en cuenta el partidor para dividir el bien inventariado por mitad entre los dos herederos, las razones alegadas por los objetantes, y las del Juez en el auto apelado, y observa:

"Hay, pues, aquí cuatro fórmulas sobre la manera de efectuar la partición de los bienes relictos entre los dos herederos nombrados, a saber: A) La del partidor, consistente en la división por mitad; B) La del cónyuge sobreviviente, que consiste en adjudicarle a él las tres cuartas partes de los bienes y a la señora Puerta la otra cuarta parte restante; C) La de esta misma heredera, que se hace consistir en asignarle a ella las tres cuartas partes de los mismos bienes y la otra cuarta parte al cónyuge Betancourt; D) Y finalmente la expuesta en el auto recurrido, la cual consiste en darle al heredero Betancourt la cuarta parte que le asignó la testadora más la mitad del remanente, y a la señora Puerta la otra mitad de este remanente".

Alude a las limitaciones que la ley establece, por razones de orden social, a la libertad de testar, entre las cuales menciona la del que teniendo ascendientes, sólo puede disponer testamentariamente de la mitad de sus bienes, porque la otra mitad corresponde a esos ascendientes, que son sucesores forzosos, los cuales "no pueden ser desconocidos por el testador, salvo casos de indignidad y desheredación".

Este es el caso contemplado en la sucesión de Yolanda Giraldo de Betancourt, en la cual concurren su madre, Julia Puerta viuda de Giraldo, con derecho a recoger la mitad legitimaria, y su cónyuge. El testamento no solamente deja traslucir muy a las claras el respeto de esta asignación forzosa sino que instituye heredero universal de sus bienes a su cónyuge, para el evento de que a su muerte no exista ya su madre. Es base indiscutible en la solución del problema aquí planteado, que la heredera Puerta viuda de Giraldo "tiene la calidad de legitimaria y derecho como tal de recoger la mitad del acervo herencial, toda vez que la causante no dejó descendientes que la excluya o que concurran con ella".

La causante dejó en el testamento a su marido la cuarta parte de sus bienes, y nada dispuso sobre el resto de éstos. La sucesión es, por tanto, parte testada y parte intestada.

El artículo 19 de la Ley 45 de 1936 dispone que cuando en la sucesión intestada concurren ascendientes legítimos y el cónyuge supérstite, la herencia se divide en dos partes iguales, de las cuales una corresponde al ascendiente o ascendientes y la otra al cónyuge.

El artículo 1052 del Código Civil prescribe que en la sucesión mixta, "se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato, según las reglas generales. Pero los que suceden a la vez por testamento y abintestato imputarán a la porción que les corresponde abintestato lo que recibieren por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra".

El partidor aplicó los dos preceptos citados, y adjudicó los bienes por mitad a los dos herederos.

El procurador de la heredera Puerta viuda de Giraldo observa que la partición debe hacerse como lo ordena el artículo 1249 del Código Civil, cuyo primer inciso dice: "acrece a las legítimas rigorosas toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, o si lo ha hecho ha quedado sin efecto la disposición".

"De acuerdo con los artículos 1052 del Código Civil y 19 de la Ley 45 de 1936, los bienes de

esta mortuoria deben repartirse por mitad, como lo hizo el partidor; pero si se aplica el citado artículo 1249 del mismo Código Civil, dichos bienes habría que dividirlos y adjudicarlos a los dos herederos del modo siguiente: a la señora Puerta se le asignarían las tres cuartas partes, o sea la mitad de esos bienes (legítima rigorosa), más la cuarta de mejoras de que la testadora no dispuso (legítima efectiva), y al cónyuge Betancourt se le entregaría la cuarta parte restante, lo que vale decir, la misma cuarta de libre disposición que la testadora le asignó. Son, pues, diferentes las formas de partición que consagran las normas citadas antes.

"Los doctrinantes, especialmente los chilenos, han tenido ya la oportunidad de poner de relieve la antinomia que existe entre los artículos 1052 y 1249 del Código Civil, iguales exactamente a los artículos 996 y 1191 del Código Civil chileno (Barros-Errazuris, 'Curso de Derecho Civil', Vol. V, No. 163; Somarriva, 'Derecho Sucesorio', Nos. 534 y 535). Para solucionar esta contradicción se agregó en Chile un inciso último al citado artículo 1191, inciso que es de este tenor: "Si concurren, como herederos, legitimarios con quienes no lo sean, sobre lo preceptuado en este artículo prevalecerán las reglas contenidas en el Título II de este Libro". Según esta reforma, el mencionado artículo 1191 (Código Civil Colombiano, 1249) se aplica cuando todos los herederos concurrentes son legitimarios; pero si entre esos herederos hay algunos que no son legitimarios, se da entonces aplicación al artículo 996 (Código Civil Colombiano, 1052). Antes de esta reforma los mismos doctrinantes, teniendo en cuenta la colocación del artículo 1249 entre los preceptos normativos de las legítimas, habían aconsejado resolver la antinomia dicha mediante la aplicación de tal norma al caso en que sólo concurren herederos legitimarios; si en la sucesión hay concurso de legitimarios con otros herederos que no lo son, se aplica, no el aludido artículo 1249, sino el 1052 del Código Civil y sus concordantes. Con fundamentos en estas enseñanzas se dictó en Chile el inciso que se le señaló al artículo 1191 del Código Civil de esa nación".

Para el fallador, "dada la antinomia anotada entre los artículos 1052 y 1249 del Código Civil, y, a decir lo cierto, ella no tiene más solución racional, equitativa y justa, que la que se le dio en Chile y que la doctrina enseña y propugna". Concurriendo en el caso presente la madre legítima y el cónyuge de la causante, se debe aplicar el artículo 1052 y no el 1249, y dividir los bienes relictos como lo ordena el artículo 19 de la Ley 45 de 1936. Encuentra que el trabajo de partición se conforma con estas normas.

Se debe descartar la objeción presentada por el apoderado de la heredera Puerta de Giraldo, y confirmar el proveído apelado que así lo dispone al respecto.

Con relación a la tesis del cónyuge sobreviviente, observa: ésta se apoya en que la testadora le asignó a su marido no la cuarta parte de los bienes de libre disposición sino la mitad, de la cual podía disponer libremente. Tal concepto es inadmisible, vistos los términos claros en que el testamento habla de la cuarta parte y no de la mitad. La tesis en referencia quebranta las normas que le dan derecho a la heredera Puerta viuda de Giraldo a recoger la mitad del patrimonio herencial por concepto de su legítima rigorosa: también infringe el artículo 1052, que en tratándose de una sucesión testamentaria y abintestato a la vez, dispone imputar la porción testamentaria a lo que le corresponde al heredero abintestato. La pretensión de Betancourt G. llevaría el menoscabo de la legítima rigorosa de la madre de la causante y a que se prescindiera de la imputación dicha.

Como en el auto recurrido se acepta una de tales objeciones y ordena rehacer la partición, "síguese que tal decisión no se ajusta a derecho y que se le debe revocar".

Los dos herederos interpusieron contra la sentencia del Tribunal recurso extraordinario de casación que procede a decidir la Corte.

Demanda de la madre de la causante.

Acusa la sentencia de segunda instancia porque viola normas sustantivas por "infracción directa y por aplicación indebida o interpretación errónea".

En desarrollo del cargo, transcribe la cláusula de la memoria testamentaria, por la cual la *de cujus* deja a su esposo la cuarta parte de sus bienes de que puede disponer libremente, y lo designa albacea con tenencia y administración de bienes. Como la testadora no tenía descendientes, podía disponer libremente de la mitad de sus bienes. Si no dispuso sino de una cuarta parte, la otra cuarta debe acrecer. En todo caso se trata de una sucesión que es parte testada y parte intestada, en la cual, conforme al artículo 1052 del Código Civil, cumplidas las disposiciones testamentarias, el remanente se adjudica a los herederos abintestato, según las reglas generales. Pero los que suceden de ambos modos imputarán la porción que les corresponde abintestato a lo que recibieron por testamento. En

esta sucesión la parte testada se refiere únicamente a una cuarta parte, tomada de las dos cuartas partes de que podía disponer libremente.

El punto de discusión es el de saber a qué porción acrece la cuarta parte de que el testador no dispuso, pues tanto el cónyuge supérstite como la ascendiente sostienen el acrecimiento en su exclusivo beneficio.

De los dos herederos que concurren a esta sucesión, el cónyuge y la madre, solamente ésta tiene la calidad de legitimaria. (Art. 1240 del C. C.).

La mitad de los bienes, hechas las deducciones de que trata el artículo 1016, ibídem, es la legítima rigorosa, en este caso, y la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer libremente.

Pero como no dispuso en favor del cónyuge sino de una cuarta parte, "¿qué pasa con aquella otra parte de que ha podido disponer el testador y no dispuso? Lo dice el artículo 1249 del Código Civil". Acrece a las legítimas rigorosas toda porción de bienes de que el estador podía disponer con absoluta libertad y no dispuso, y si lo hizo quedaron sin efecto sus disposiciones. Las legítimas así aumentadas se llaman legítimas efectivas.

Tratándose de una sucesión en que concurren la madre y el cónyuge sobreviviente, antes de proceder a la partición debe formarse la legítima rigorosa que le corresponde a aquélla. El cónyuge es heredero pero no es legitimario. Como la testadora dejó por fuera de sus disposiciones una cuarta parte de sus bienes, ésta acrece a la legítima rigorosa de la madre, y queda así su legítima efectiva, en los términos del artículo 1249 citado.

Luego de las cuatro partes en que hay que considerar dividida la herencia, dos de ellas "constituyen propiamente la herencia a distribuír entre los herederos"; de éstas, una cuarta le corresponde al cónyuge en razón de la disposición testamentaria, pero imputable a lo que le corresponde abintestato (art. 1052); la otra cuarta parte, de la cual no dispuso la testadora, acrece a la mitad legitimaria de la ascendiente, como lo ordena el artículo 1249.

Pretende el cónyuge que la partición de los bienes debe hacerse por mitad entre los dos herederos, con base en la incongruencia que se presenta entre los artículos 1052 y 1249 del Código Civil, y que se da también entre las normas 991 y 1191 del Código Civil Chileno. Pero allá para evitar esta antinomia entre dichos preceptos equivalentes e iguales a las del Código Civil Colombiano, se ha dictado un apéndice del artículo 1191 (1249 del colombiano) "tendiente a diferenciar el caso en que concurren legitimarios únicamente, con el caso en que concurren legitimarios con no legitimarios".

Como tal diferencia no se ha hecho en el derecho positivo colombiano, la incongruencia debe resolverse de conformidad con las normas sobre hermenéutica que disponen aplicarse de preferencia el artículo 1249 (Art. 5º, ord. 2º de la Ley 57 de 1887).

"De tal suerte que por este aspecto y tratándose de una disposición que es clara, debe aplicarse la disposición posterior, o sea que prefiere la aplicación del artículo 1249 al 1052 del Código Civil, también por el aspecto de su colocación".

Aplicando las normas en que sustenta su tesis, hace una división del bien inventariado, en conformidad con la cual las tres cuartas partes de su valor le corresponden a la madre, o sea la suma de $ 53.662.50, y al cónyuge $ 17.887.50 por su cuarta parte.

Y concluye:

"En este orden de ideas, encuentro que se han violado directamente los artículos 1052 del Código Civil y el artículo 19 de la Ley 45 de 1936, por interpretación indebida o equivocada, y se han violado por infracción indirecta, por falta de aplicación, los artículos 1249 del Código Civil así como los artículos 1127 y 1237 de la misma obra. Artículos 23 y 19 de la Ley 45 de 1936".

Se considera:

Acepta la demanda de casación que la testadora, Yolanda Giraldo de Betancourt, de las dos cuartas partes de bienes de que podía disponer libremente, al tenor del artículo 23 de la Ley 45 de 1936, asignó una al cónyuge supérstite Jesús Betancourt G.

Habida consideración de que ésta dispuso solamente de una cuarta, y nada dijo sobre el resto de sus bienes, se trata de una sucesión testada en lo que se refiere a la cuarta parte de bienes señalados al cónyuge sobreviviente, e intestada respecto de las tres cuartas partes restantes. El caso se halla regulado, en principio, por el artículo 1052 del Código Civil, que ordena cumplir primero las disposiciones testamentarias y adjudicar el remanente a los herederos abintestato, según las reglas generales.

De las tres cuartas restantes de la herencia, dado que se trata de la concurrencia de la madre legítima de la causante, asignataria forzosa como legitimaria que es (art. 1249 del C. C.), y del cónyuge, dos cuartas partes le corresponden a

la primera por su legítima rigorosa, en aplicación del artículo 23 de la Ley 45 de 1936, que en este orden sucesoral divide el acervo hereditario en dos mitades, una para las legítimas rigorosas y la otra de libre disposición. El artículo 19 de la misma, en armonía con el anteriormente citado, en la sucesión intestada, a la cual tienen vocación hereditaria solamente los ascendientes legítimos y el cónyuge, divide la herencia "en dos partes: una para el cónyuge y otra para los ascendientes legítimos". Hay concordancia entre estas dos normas, porque la segunda respeta la legítima rigorosa señalada por la primera para los ascendientes legítimos.

Al cónyuge, siguiendo lo preceptuado por el artículo 19 citado, le corresponde en sucesión abintestato la mitad de los bienes relictos. Esta mitad estaría integrada por la cuarta de que no dispuso la testadora, y por la cuarta que le dejó en su testamento, la cual, aplicando lo que el artículo 1052 del Código Civil preceptúa en el inciso segundo, se imputa a la porción que le corresponda abintestato. En esta forma, se advierte también completa concordancia entre lo regulado por el 19, inciso cuarto, que señala al cónyuge en sucesión abintestato la mitad de los bienes, y el 1052 que por concurrir éste testamentaria y abintestadamente, imputa la porción asignada en el acto de última voluntad a lo que el primero de estos dos preceptos le asigna como heredero abintestato.

Ocurre, sin embargo, que el artículo 1249, para el caso de una sucesión mixta, dispone que "acrece a la legítima rigorosa toda aquella porción de bienes de que el testador ha podido disponer..., con absoluta.libertad, y no ha dispuesto". Dando aplicación a esta norma, se tendría que la madre de la causante recogería así una legítima efectiva equivalente a las tres cuartas partes del bien inventariado.

Normas de hermenéutica, disposiciones modificadoras de la distribución de bienes herenciales cuando tienen vocación hereditaria simultáneamente ascendientes legítimos y el cónyuge supérstite, y principios de equidad, permiten como pasa a verse, salvar la aparente incongruencia o antinomia entre los precitados artículos 1249 y 1052 del Código Civil, ya que, según el primero, la cuarta no testada acrecería a la legítima rigorosa de la ascendiente legítima para formar la efectiva, en tanto que por el segundo, dicha parte se imputa a la intestada para completar la cuota què abintestato le corresponde al cónyuge heredero, o sea la mitad del bien relicto.

Es cierto, como lo dice el recurrente, que el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, para encontrar la recta interpretación de disposiciones incompatibles, entre otras reglas, establece la de que, cuando tales disposiciones tengan una misma especialidad y se hallen en un mismo código, "preferirá la disposición consignada en el artículo posterior", pero este supuesto no se da en el evento contemplado, toda vez que el artículo 1052 se refiere a la cuota correspondiente al heredero no legitimario, y el 1249 se ocupa del heredero legitimario. Quizá por la dificultad de hallar en un mismo código normas incompatibles que tengan la misma especialidad que hagan posible la aplicación de este criterio, el artículo 5º de la Ley 153 de 1887 modificó aquél al decir: "dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones oscuras o incongruentes".

Esta norma, fijando la equidad natural como el ámbito dentro del cual la crítica y la hermenéutica aclaren disposiciones incongruentes, señala un criterio más amplio, para que la jurisprudencia cumpla con la finalidad de fijar la verdadera interpretación de la ley en los casos dudosos. Por eso en Colombia el fallador cuenta con una norma que no contiene el Código de Chile, la cual le da un poder de interpretación que le permite armonizar las normas contradictorias o antinómicas.

Buscando la intención de la testadora Giraldo de Betancourt, a que se remiten los artículos 1052 y 1127 del Código Civil, se ve que no fue otra que la de conceder a su cónyuge el mayor beneficio que la ley permitía en las dos hipótesis en que colocó su fallecimiento: haber tenido descendencia, caso en el cual le dejaba la cuarta de libre disposición con la esperanza de que además pudiera recoger la porción conyugal equivalente a la legítima rigorosa del hijo o hijos que hubiera; y haber fallecido la madre y no tener hijos, evento en el cual instituía a su cónyuge heredero universal. Así se desprende de la cláusula cuarta, que dice: "si al momento de mi muerte no viviere mi citada madre y no tuviera descendientes, tocarán todos mis bienes a mi esposo, a quien instituyo, en tal caso, heredero universal". Así se explica que en la cláusula anterior hubiera dispuesto en favor del mismo de la cuarta de libre disposición, que solamente registra la ley para cuando tienen vocación hereditaria hijos legítimos o naturales, directamente o representados. Esto mismo hace pensar que si la testadora hubiera supuesto que su madre le sobreviviera, sus disposiciones testamentarias no habrían sido para desconocerle al cónyuge el derecho que la ley le concede en sucesión abintestato.

Dentro del plano de la equidad natural, y habida consideración de que generalmente el afecto que une a los esposos es en relación con el de los padres de una intensidad por lo menos igual, se justifica el que los bienes del cónyuge fallecido que deja ascendientes y cónyuge se repartan en porciones iguales, ya que la distribución de los bienes relictos en todos los órdenes de sucesión tienen como principal soporte el cariño del *de cujus* con sus herederos o sucesores.

Resulta también más acorde con la socialización del derecho, que cada día se extiende más en la interpretación y aplicación de la ley, y que consiste en ampliar los beneficios a los menos favorecidos, el que el patrimonio del causante que deja madre y cónyuge como herederos, dada la duda nacida de la incongruencia de las normas que regulan su distribución, se distribuya en la proporción que deja a salvo la legítima rigorosa de aquélla, da eficacia al precepto que asigna la mitad al cónyuge como heredero abintestato, y dispone imputar a ésta la porción testamentaria.

Ha de tenerse en cuenta que por el artículo 1046 del Código Civil, en el orden hereditario de los ascendientes legítimos y el cónyuge, éste recogía solamente una cuarta parte y tres aquéllos. Por lo tanto, al ser modificado este precepto por el artículo 19 de la Ley 45 de 1936, en cuanto asigna una mitad de la herencia a los ascendientes y la otra al cónyuge, armoniza mejor con el espíritu del artículo 1052, cuya aplicación, cuando concurren legitimarios y asignatarios no forzosos, deja a salvo las legítimas.

Sería esta otra razón para considerar que no sea necesaria reforma que, como en Chile, disponga que el artículo 1249 sólo se aplica cuando concurren solamente legitimarios.

El criterio de equidad que consagra el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, no registrado en el Código Civil chileno; la manifiesta voluntad que revela el testador de otorgar a su cónyuge sobreviviente el mayor beneficio que le autoriza la ley en los supuestos que contempla su memoria testamentaria; y la reforma que en favor del cónyuge supérstite implantó el artículo 19 de la Ley 45 de 1936, en la concurrencia de los ascendientes legítimos y aquél, permiten deducir que no hubo violación del artículo 1052 del Código Civil ni del 19 de la Ley 45 de 1936, por interpretación equivocada, ni falta de aplicación del artículo 1249, ibídem. Tampoco dejó de aplicarse el artículo 1127, que no es norma propiamente sustancial, sino simplemente indicadora de la prevalencia de la voluntad del testador y del criterio que ha de seguirse para conocerla.

No es el caso de invocar como violado por falta de aplicación el artículo 1237, que trata de la porción conyugal y de la imputación de su exceso a la parte de libre disposición, porque las objeciones de la madre heredera no han tocado con la porción conyugal sino con la cuarta de que no dispuso la testadora pudiendo, la cual, en concepto de la objetante y acusadora en casación, acrece a la legítima rigorosa. Además, el recurrente apenas cita el artículo 1237, pero no intenta siquiera demostrar su violación.

La tacha no puede prosperar.

Demanda del cónyuge Jesús A. Betancourt.

Tres cargos presenta este libelo de casación: el primero fundado en que la sentencia es "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, y aplicación indebida e interpretación errónea"; el segundo, por cuanto infringe los "artículos 1052, 1249 y los artículos 19 y siguientes de la Ley 45 de 1936 por infracción directa e interpretación errónea de dichas disposiciones"; y el tercero, porque viola la ley sustancial en razón de que "no da valor legal a la escritura pública número 170 de 4 de marzo de 1955, de la Notaría 1ª de Armenia, como lo tienen establecido los artículos 1759, 1067 y 1070 del Código Civil".

Las acusaciones se consideran en el orden en que están propuestas.

Primer cargo.

Se resume así: la sentencia da aplicación indebida a los artículos 1052, 1016, 1224, 1236 y 1237 del Código Civil.

Transcribe el inciso primero y el ordinal quinto del artículo 1016, y comenta que, según dicha norma, debe deducirse del acervo herencial la porción conyugal en primer término. Sin realizar las deducciones ordenadas por tal precepto, no pueden repartirse los bienes. La vocación de los herederos "se contrae, en consecuencia, al valor de los bienes dejados por el causante, pero una vez realizadas las deducciones citadas".

Así como no podría efectuarse una partición sin tener en cuenta los impuestos que gravan la masa herencial, las asignaciones alimenticias forzosas, los costos de publicación del testamento y apertura de la sucesión, así tampoco se puede prescindir de un pasivo que es la porción conyugal. "El legislador y la doctrina quieren que el cónyuge perciba su derecho, con independencia de los demás herederos porque se inspira en la familia".

"La sentencia, concluye el impugnante..., ha violado la ley sustantiva, por cuanto no tuvo en cuenta la porción conyugal y por cuanto interpretó mal la citada disposición del artículo 1016 del Código Civil".

Se considera:

El recurso extraordinario de casación concedido por el artículo 519 del Código Judicial contra las sentencias que aprueban las particiones hechas en juicios de sucesión, divisorios de bienes comunes o de liquidación de sociedades disueltas, versa exclusivamente sobre las objeciones propuestas al darse traslado del trabajo de partición, y que fueron resueltas por los falladores de primera y segunda instancia. En muchas oportunidades ha repetido la Corte que en casación no se pueden proponer nuevas objeciones.

Ocurre que el cónyuge supérstite optó porque se le reconociera como heredero, y en tal condición fue tenido, lo que significa muy a las claras que aceptó la asignación que se le hizo en el testamento y la que la ley le fija abintestato. De otra parte, la única objeción que formuló el apoderado del cónyuge supérstite consiste en reclamar la mitad del bien relicto con fundamento en la cláusula testamentaria, y una cuarta parte más, dado que el remanente debe distribuírse por partes iguales entre la ascendiente y el cónyuge, en virtud de lo preceptuado por el artículo 19 de la Ley 45 de 1936. Nada dijo el objetante sobre la porción conyugal.

En la segunda instancia sostuvo la misma tesis. Tocaba a su representante en casación impugnar el fallo del Tribunal con base en la objeción propuesta y no en otra.

El cargo es improcedente.

Segundo cargo.

Lo funda con estos razonamientos: la Ley 45 de 1936 instituye como herederos concurrentes al cónyuge y los ascendientes legítimos, y divide la herencia entre ellos por partes iguales. El artículo 1249 del Código Civil estableció el acrecimiento de la legítima de la porción de bienes de que el testador no dispuso a título de mejoras o con absoluta libertad, o no han tenido efecto sus disposiciones al respecto.

Con criterio simplista, el intérprete podía encontrar antinomia entre estas dos disposiciones, ya que, de un lado, se ordena repartir la herencia en partes iguales entre el cónyuge y los ascendientes, y, por otro, se dispone que una cuarta parte de los bienes acrece a la cuota del ascendiente.

"Analizadas las cosas con criterio jurídico, se llega a conclusiones muy precisas y claras".

Nadie duda que el ascendiente es legitimario, y que su legítima está representada por la mitad de los bienes, hechas las deducciones ordenadas en el artículo 1016 del Código Civil. Pero de que sea legitimario, no se puede deducir, como lo han hecho quienes han intervenido en este proceso, que tenga derecho a la cuarta de mejoras, porque ésta solamente está instituída en favor de los descendientes legítimos.

No pudiéndose hablar de cuarta de mejoras, "¿cuál cuarta parte es la que acrece al derecho del ascendiente?".

La causante testó la cuarta de libre disposición para favorecer al cónyuge; no dispuso de la cuarta de mejoras, porque ésta sólo se computa en la sucesión a que son llamados descendientes legítimos. No concurriendo éstos, "no se puede formar dicha cuarta, y no formándose, ¿cómo se puede hacer acrecer? Si existiera alguna antinomia entre la Ley 45 de 1936 y el artículo 1249 o cualquier otro del Código Civil, se tendría que aplicar el principio de que ley posterior es de preferente aplicación, cuando tiene una misma especialidad".

La Ley 45 de 1936 reconoció el hecho incuestionable de "que los cónyuges compartan, después de su muerte, los bienes propios". Nada más humano y justo en una legislación que "se asienta sobre el principio de la unidad de la familia, y en el matrimonio como base de esa unidad. No sería lógico ni jurídico que los ascendientes tuvieran una mayor participación en la herencia, cuando existe cónyuge, porque el amor, que es la esencia del matrimonio, no puede implicar una lesión patrimonial".

La reforma hecha al Código Civil quiere que los bienes se repartan por partes iguales entre los ascendientes y el cónyuge supérstite, no puede negarse su aplicación pretextando la existencia de una norma que no puede aplicarse al caso controvertido, "porque ella sólo cabría en el orden sucesoral de los descendientes, quienes pueden tener vocación a la cuarta de mejoras". Nada más fuera de la razón que elucubrar sobre formación de legítimas/rigorosas o efectivas, cuando la ley establece que en concurrencia de ascendientes y cónyuge el acervo sucesoral se distribuye en dos partes.

Con esta distribución, no se atenta contra el régimen jurídico de las legítimas, porque a la madre, en el caso controvertido, le corresponde su mitad legitimaria. La legítima, al tenor del

artículo 23 de la Ley 45 de 1936, se forma "realizando previamente las deducciones y agregaciones de que trata el Código Civil. Así como no podría considerarse vulnerada una legítima, por deducir los gastos sucesorales del acervo inventariado, o por deducir el valor de los impuestos de dicho acervo, así tampoco se puede considerar vulnerada la legítima del ascendiente, por el hecho de realizar la deducción de la porción conyugal. No se diga, entonces que en el presente caso hay necesidad de formar legítimas efectivas, porque el testador fue expreso en asignar a su cónyuge la cuarta de libre disposición y porque, por otra parte, la ley ha reconocido el derecho a la mitad de los bienes a dicho supérstite.

"En consecuencia, la sentencia recurrida es violatoria del artículo 1249 del Código Civil, así como de la Ley 45 de 1936, porque no ordena entregar al cónyuge supérstite la totalidad de los bienes que le corresponde y que son la mitad de los bienes de la sucesión, realizadas las deducciones de que habla el artículo 1016 del Código Civil".

Se considera:

Pretende el recurrente que el artículo 1249 no sería aplicable en el caso *sub lite,* porque, habiendo dejado la testadora la cuarta de libre disposición a su cónyuge, no podía disponer de la cuarta de mejoras, la cual está destinada para los descendientes y sólo en favor de ellos. Como en la sucesión que se ventila en este proceso comparecen únicamente la madre y el cónyuge de la causante, mal puede darse el acrecimiento de la parte de mejoras a la legítima rigorosa.

Debe advertirse que la mencionada norma ordena el acrecimiento a la legítima rigorosa, no sólo de la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras sino también de la parte que la ley le permite asignar libremente. Ahora bien, como el impugnante lo enuncia, en el orden sucesoral de los ascendientes, puesto que a ellos les corresponde solamente la mitad de los bienes como legítima rigorosa, la otra mitad es de libre disposición. Por tal motivo, toda porción de esta mitad de que el testador no dispone, acrece a la legítima rigorosa, no como mejoras, sino como parte de libre disposición, que es el caso aquí contemplado. La finada Yolanda Giraldo de Betancourt, teniendo libertad de testar sobre la mitad de su patrimonio, solamente dejó a su esposo la cuarta parte de él, es decir, una mitad de la mitad libre. Como de la otra cuarta libre no ordenó nada, debía acrecer a la legítima rigorosa de la madre, para formar la efectiva, conforme al precitado artículo. De ahí la aparente desarmonía entre dicho artículo 1249 y el 1052 del Código Civil, según queda ampliamente expuesto en el estudio de la demanda de la madre heredera.

Es verdad que la sentencia, al tratar de la forma en que habrían de dividirse los bienes herenciales, si se aplicara el artículo 1249, dice que a la ascendiente se le asignarían las tres cuartas partes, o sea la mitad de los bienes relictos (legítima rigorosa) más la cuarta de mejoras de que la testadora no dispuso (legítima efectiva). En esto hay una impropiedad de concepto, pero intrascendente en el fallo, porque en otro aparte habla el Tribunal de que, cuando el testador tiene hijos, no puede disponer libremente sino de una cuarta parte de su patrimonio, y "si sólo tiene ascendientes, puede disponer a su arbitrio de la mitad de sus bienes, debiendo respetar el derecho de esos ascendientes a recoger la mitad de los mismos bienes". Lo único que cabe es la rectificación del concepto, en el sentido de que el acrecimiento que en el caso *sub judice* tendría lugar, sería no el de la porción de mejoras sino el de una cuota de la mitad de libre disposición.

Pero la violación de los artículos 1249 y 19 precitados, derivada de que no se ordena entregar al cónyuge la totalidad de lo que le corresponde, y que es, de un lado, la porción conyugal, o sea la deducción 5ª del artículo 1016 del Código Civil, y, de otro, la mitad de los bienes restantes, implica una nueva objeción en lo atinente a la porción conyugal, por la cual no optó el cónyuge, como hubiera podido hacerlo, de acuerdo con el artículo 1235, ibídem, que autoriza al cónyuge sobreviviente para pedir la porción conyugal abandonando sus otros derechos. Ya se dijo cómo en lugar de optar por esta asignación forzosa, pidió fuera declarado heredero de la causante su cónyuge, señor Jesús Betancourt. Y en tal condición fue reconocido en el juicio (fol. 1º, cuad. principal).

Pretender, en el supuesto de que hubiera optado por la porción conyugal, y de que las objeciones versaran sobre ella, que al mismo tiempo se le reconozca la mitad de los bienes del acervo líquido, es desconocer que tal asignación forzosa en principio no es acumulable con ninguna otra asignación que tenga el cónyuge en la sucesión, porque cualquier derecho que se le defiera se imputa a ella. (Art. 1234). Lo único que en tal supuesto le permitiría el artículo 1237 del Código Civil sería el de acumularle la asignación testamentaria en cuanto ella cupiera dentro de la mitad de libre disposición. Pero las infracciones de los artículos 1249 del Código Civil y 19

de la Ley 45 de 1936, las plantea dentro de un supuesto, que lejos de tocar con la objeción propuesta, constituye una nueva, puesto que contempla una situación jurídica distinta de la de pretender dos cuartos de la herencia por disposición testamentaria, y un cuarto por derecho abintestato, que es la objeción formulada por el cónyuge heredero.

El cargo, por tanto, carece de fundamento.

Tercer cargo.

El contenido esencial se puede extractar en la siguiente forma:

La sentencia viola la ley sustantiva, "en cuanto no le da el valor legal a la escritura número 170 de 4 de marzo de 1955, de la Notaría 1ª del Circuito de Armenia, como lo tienen establecido los artículos 1759, 1067 y 1070 del Código Civil". Estas disposiciones establecen que la escritura pública y el testamento son pruebas inequívocas de la voluntad del causante, mientras no sean tachados de falsos o de ineficaces.

El testamento de la causante Giraldo de Betancourt formalmente perfecto y de valor probatorio indiscutible, manifiesta "que es su voluntad que la cuarta parte de libre disposición sea para su cónyuge, y el Juez *a quo* ha resuelto que no es el caso de dar aplicación a la voluntad testamentaria".

Transcribe el artículo 1127 del Código Civil, que trata de la prevalencia de la voluntad del testador claramente expresada, y la manera de conocer esa voluntad. Arguye luego que no se puede suponer que doña Yolanda de Betancourt haya instituído heredero a su cónyuge, para desmejorarlo o vulnerar los derechos consagrados por la ley a su favor.

La eficacia de la voluntad de la testadora "sólo es posible entenderla haciendo que la situación del cónyuge resulte mejorada". Pretender que ésta otorgó testamento "para vulnerar el derecho de su esposo es desconocer el valor probatorio del testamento y desconocer el elemento volitivo, que ha de servir de inspiración a la interpretación de todo testamento".

No se puede pensar que el testamento se haya extendido para que "no produjera efectos en el orden práctico. Está, pues, equivocado el Tribunal cuando supone que el testamento no tuvo por objeto mejorar la condición del cónyuge supérstite".

Concluye la impugnación así: "desde luego acepto que la sucesión es parte testada y parte intestada, y que no se puede desconocer el derecho a la legitimaria. A la mitad de los bienes que le corresponde a mi representado, lógicamente se le debe imputar el valor de la cuarta parte de los bienes de que dispuso en su favor el causante.

"En mi entender la sucesión debe distribuírse en la siguiente forma:

"Deducir del activo inventariado el valor de la porción conyugal, como lo tiene establecido el numeral 5º del artículo 1016 del Código Civil, y el saldo, o remanente, debe distribuírse, por partes iguales, entre la ascendiente y el cónyuge. Con dicha distribución no se vulnera la legítima, ya que ésta sólo se puede formar, lo repito, hechas las deducciones de que trata el artículo 1016 del Código Civil".

Se considera:

La tacha, en cuanto sostiene que la sentencia no le dio a la escritura que contiene el testamento el valor legal que tienen establecido los artículos 1759, 1067 y 1070 del Código Civil, es la de error de derecho en la valoración de esta prueba. El impugnante estaba obligado, al tenor de lo preceptuado por el artículo 520 del Código Judicial, a demostrar el yerro alegado. Al respecto, solamente se limita a exponer que la testadora no se podía proponer vulnerar los derechos de su cónyuge sobreviviente establecidos por la ley, sino mejorar su condición. Y sin señalar o transcribir la parte del fallo que tal cosa sostenga, se limita a afirmar: "está, pues, equivocado el Tribunal cuando supone que el testamento no tuvo por objeto mejorar la condición del cónyuge supérstite".

El Tribunal en el fallo acusado sienta las siguientes premisas: cuando el testador "sólo tiene ascendientes, puede disponer a su arbitrio de la mitad de sus bienes, debiendo respetar el derecho de esos ascendientes a recoger la otra mitad de los mismos bienes. Estos sucesores forzosos son llamados legitimarios, y sus derechos no pueden ser desconocidos por el testador, salvo en los casos de indignidad o desheredación".

En la presente ocurrencia la madre de la causante, siendo legitimaria y no concurriendo sino con el cónyuge sobreviviente, tiene derecho a recoger la mitad de los bienes relictos como legítima rigorosa. "La tesis y los argumentos en contrario son inadmisibles por entrañar la infracción de los preceptos que consagran el derecho aludido". De la cláusula testamentaria en que la *de cujus* instituye heredero universal a su marido bajo la condición de que no exista su madre, se infiere que la testadora "reconoció y quiso respetar los derechos de su progenitora" a recoger la mitad del acervo herencial.

Y agrega: "la causante dicha dejó por testamento la cuarta parte de sus bienes a su marido, señor Bentancourt, y nada dijo sobre el resto de esos mismos bienes. Por tanto, esta sucesión es parte testada y parte intestada".

Y sobre estas premisas aplica el artículo 1052 sobre el 1249 del Código Civil, para que el cónyuge reciba la mitad herencial, y no una cuarta parte, si se aplicara el segundo.

Estos apartes demuestran a las claras que la sentencia acusada no desconoció el mérito probatorio del testamento, y que en lo referente al cónyuge heredero le dio la aplicación más favorable, teniendo en cuenta las objeciones propuestas por los dos interesados en la mortuoria.

Siendo el error de derecho, debía el recurrente, dentro de la técnica de la casación, señalar las normas de valoración probatoria pertinentes violadas directamente por el sentenciador, y no lo hace porque las que indica sólo se refieren a la plena fe que hace el instrumento público, a que el testamento solemne es siempre escrito y ante quien debe otorgarse el abierto. Cita también el artículo 1016, para volver sobre su tesis, de que debía haberse deducido la porción conyugal para repartir por mitad el acervo líquido entre los dos herederos, con olvido de que esta objeción no cuenta en el recurso.

El cargo tampoco puede prosperar.

En mérito 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veintiocho de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, en el juicio sucesorio de Yolanda Giraldo de Betancourt.

Sin costas en el recurso por la compensación de ellas.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada, Guillermo Ospina Fernández, Conjuez, *Julio Pardo Dávila,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION Y NULIDAD

Las acciones, por personales y declarativas, deben dirigirse contra todos los que intervinieron en los actos que las engendraron.

No se podría entender facultad para demandar la simulación de un contrato con relación a una sola de las partes contratantes, ni que el contrato bilateral pueda ser simulado para una y verdadero para la otra. La estabilidad que el pacto supone determina que su rompimiento no puede acaecer sino mediante el convenio de las partes o la intervención judicial. La relación sustancial que el acuerdo de voluntades engendra dispone la situación que en el proceso pudiera tomarse cuando el litigio es entre los contratantes, o cuando personas ajenas a él buscan destruírlo. En el primer supuesto, la cuestión no ofrece mayor dificultad; en el segundo, se suscita desde el punto de vista de la relación procesal, si se prescinde de una de las partes contratantes y se trae al juicio solamente a la otra, en la creencia de aniquilar el convenio sin la intervención de todos los contratantes.

La acción de simulación, como la de nulidad, es personal y declarativa y, por tanto, debe dirigirse contra los que intervinieron en la celebración de los actos y, como en la simulación se trata de discutir el verdadero pacto, no podría hacerse esto, sin concurrencia al juicio de cuantos intervinieron en los negocios jurídicos atacados de simulados o nulos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y siete de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

Se decide el recurso de casación propuesto por la parte demandante en relación con la sentencia de 4 de octubre de 1960, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Víctor Emilio Jara Afanador frente a Ana Isabel Afanador.

Antecedentes.

Por escritura pública número 10 de 30 de enero de 1906, Januario Afanador Pinzón vendió a su yerno, Indalecio Landínez, dos predios: el denominado "Las Mercedes", ubicado en los Municipios de Jerusalén y Guataquí; y el solar y casa situados en jurisdicción del Municipio de Funza.

Por escritura número 47 de 13 de abril de 1914, Indalecio Landínez vendió a Lucía Afanador, su cuñada, los bienes que había adquirido por la escritura número 10.

Por escritura número 98 de 6 de julio de 1917, Lucía Afanador vendió a su hermana Ana Isabel los mismos bienes a que las escrituras anteriores se refieren.

Por escritura número /41 de 27 de marzo de 1916, Januario Afanador Pinzón vendió a su hija Ana Isabel Afanador el inmueble llamado "El Jordán", situado en Tocaimá, y comprendido por los linderos especificados en la demanda.

Resulta de lo anterior que los inmuebles "Las Mercedes" y el solar y casa situados en jurisdicción de los Municipios de Jerusalén, Guataquí y Funza, quedaron en cabeza de Ana Isabel a través de tres ventas sucesivas (escrituras números 10, 47 y 98; y el inmueble "El Jordán" por venta directa hecha por Januario Afanador (escritura número 41).

Conviene destacar que de acuerdo con las pruebas presentadas al juicio por la parte actora, aparece que Ana Isabel vendió a su hermana Carmen Afanador la totalidad del inmueble "El Jordán", en la siguiente forma: por escritura número 3 de 2 de enero de 1925, de la Notaría 3ª de Bogotá, una séptima parte, y, por escritura 1086 de 1º de julio de 1926, las seis séptimas partes restantes. Posteriormente, según escritura 1908 de 22 de agosto de 1944, Carmen Afanador

Ramírez vendió a Ana Isabel una séptima parte del inmueble dicho, la que después transfirió en venta a su hermano Guillermo.

El litigio.

Víctor Emilio Jara Afanador, descendiente de Januario Afanador Pinzón, en su propio nombre, y para la herencia de éste, demanda a Ana Isabel Afanador a fin de que se declare la simulación y subsidiariamente la nulidad de los contratos contenidos en las escrituras números 10, 47, 98 y 41, y la consiguiente restitución de los inmuebles objeto de esas ventas.

Se afirma en los hechos que Januario Afanador Pinzón, "para precaver cualquier percance económico, en acto aparentemente simulado, dijo transferir los dos primeros bienes (se refiere a 'Las Mercedes' y solar y casa de Funza) a Indalecio Landínez", y que "por circunstancias similares a las ya anotadas, Januario Afanador Pinzón traspasó la hacienda 'El Jordán' mediante la escritura pública número 41 de 27 de marzo de 1916, de la Notaría de Funza, a su hija Ana Isabel Afanador, ya que ella era la persona de mayor confianza y la mejor indicada para el caso según se deja relatado".

Se explica en los hechos que ninguno de los compradores referidos estaban en condiciones económicas de adquirir los inmuebles a que las escrituras se refieren.

Al contestar la demanda, luego de negar unos hechos y aceptar otros, la réplica expresamente dice:

"No puede demandarse la declaración de nulidad de un contrato, sin llamar a ese juicio de simulación o nulidad a todos los que han sido parte en el contrato; porque es de lógica que no se puede decretar una petición consecuencial si la súplica principal no es procedente. Tanto por la naturaleza personal de las acciones de simulación o nulidad como por respeto al artículo 1602 del Código Civil, no se puede decretar la simulación o nulidad de un contrato sin llamar al juicio correspondiente a las personas que han intervenido en ese contrato".

En sentencia de 25 de febrero de 1958, el Juez Cuarto de Bogotá se declaró inhibido para decidir la controversia por falta de demanda en debida forma, y en providencia de 4 de octubre de 1960 el Tribunal de Bogotá confirmó la del Juzgado, de la que conoció en virtud de apelación de la parte demandante.

La sentencia del Tribunal.

La tesis central del Tribunal consiste en afirmar que no es posible ejercitar las acciones de nulidad y simulación, y la de restitución de los inmuebles, sin que formen parte de la relación procesal las personas que figuran como contratantes en las convenciones atacadas, y que la ausencia de esas personas en el juicio determina la falta del presupuesto de demanda en forma. Que como no se ha dirigido la acción contra Indalecio Landínez y Lucía Afanador, hoy viuda de Morales, en lo que respecta a las ventas del fundo "Las Mercedes" y casa-lote de Funza; ni se citó al juicio a quienes compraron a Ana Isabel el inmueble "El Jordán", que ésta adquirió por virtud de la escritura número 41 de 27 de marzo de 1916, la falta del presupuesto dicho es palmaria, lo que conduce a la inhibición que el Juez decretara.

La demanda de casación.

Dice el recurrente acusar la sentencia del Tribunal de Bogotá, "por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, o sea por violación indirecta de la ley sustantiva, artículos 946, 950, 952, 957, 1008, 1013, 1037, 1041, 1042, 1740, 1766, del Código Civil, y artículo 2º, Ley 50 de 1936, artículo 18, Ley 45 de 1936, a consecuencia de errores de hecho, de derecho, en la interpretación de la demanda y en la estimativa de los distintos elementos probatorios presentados al juicio".

Para respaldar el cargo arguye así:

"El primer error del sentenciador parte de la base de que el litigio no puede existir sin discutir el interés de Indalecio Landínez y Lucía Afanador como demandados, porque entiende erróneamente que dichas personas debían ser sujetos del conflicto en dicha condición por creer que han debido estar formando parte del interés materia de la pretensión del demandante; es decir, que la posición de dichas personas o su individualidad necesariamente ha de ser la de contradictores de las acciones sobre los inmuebles 'Las Mercedes' y casa-lote de Funza. Mas el hecho de ser parte en contratos que son materia de nulidad y reinvindicación, en manera alguna los coloca o debe colocarlos en conflicto con el demandante, o lo que es lo mismo como interesados en la misma posición de la parte demandada, si se tiene en cuenta que se ha invocado es el derecho o título del señor Januario Afanador. En efecto, de acuerdo con la demanda, la parte que tiene la pretensión sobre los inmuebles o bienes cuya restitución se pide no es propiamente el interés directo, exclusivo del doctor Víctor Emilio Jara Afanador, sino el de la sucesión de don Januario Afanador, de la cual es apenas

uno de los herederos, siendo la parte que se resiste, el interés de Ana Isabel Afanador. Más claro, la pretensión sobre los inmuebles 'Las Mercedes' y casa-lote de Funza no ha sido deducida por el propio interesado, sino por persona distinta, por uno de sus herederos a nombre de la universalidad como partícipe, a quien la ley reconoce plena capacidad para ello, lo que quiere decir que se está realizando por ese medio es el interés de todos los herederos de Januario Afanador, entre los cuales están las personas a quienes el Juez y el honorable Tribunal quieren que se demanden especialmente, o que formen una sola parte con la demandada, cuando mediante la demanda del doctor Víctor Emilio Jara se pide la tutela o realización del derecho de dichas personas como demandantes...".

De esta premisa infiere la demanda que no es posible admitir la tesis expuesta por el Tribunal de que debieron ser demandados Indalecio Landínez y Lucía Afanador, "ya que actúan en el juicio como demandantes por interpósita persona, en virtud de la regla de que se permite que actúen como partes, no solamente al titular de la respectiva relación jurídica, sino también a las personas que pueden demandar por ellas ese derecho legítimo y actual...".

"En consecuencia, el honorable Tribunal no tuvo en cuenta que Lucía Afanador, como heredera, en su carácter de hija legítima, y los herederos de Indalecio Landínez, como nietos legítimos, en virtud de representar la persona de su causante Januario Afanador, constituyen o forman parte del sujeto de la acción, que como herederos sustentan con él una misma causa...".

Y continúa:

"Naturalmente, si no se tiene en cuenta que las acciones se promueven por un heredero de la sucesión de Januario Afanador, que con ello entraron a formar parte del sujeto de la acción todos los copartícipes de la herencia, y no solamente el heredero interviniente como actor, ya que el interés de éste conlleva el interés de los demás, y los vincula y obliga, y que ninguno puede tener la doble condición de actor y demandado dentro de una misma litis, entonces es posible aceptar que el juzgador se haya negado a fallar en el fondo, con base en la falta de un presupuesto procesal como lo es el de la falta de personas que han debido intervenir. Pero esa omisión o ese rehusamiento a fallar sobre el fondo proviene, en primer lugar, del desconocimiento de los mencionados elementos del juicio, demanda y pruebas del estado civil de las personas que acreditan la relación de parentesco entre los herederos de Indalecio Landínez, y de Lucía Afanador, con la sucesión demandante, que imposibilitan tomar ellos el carácter de litigantes para contradecir la acción en que ellos son parte por activa, y en segundo lugar, del desconocimiento de las reglas sustantivas de los artículos 946, 950, 951, 952, 1008, 1013, 1037, 1040, 1942, 1740, 1741, 1766, 1759 del Código Civil, y artículo 2º, Ley 50 de 1936, y artículo 18 de la Ley 45 de 1936, de acuerdo con las cuales la parte actora tenía el derecho postulado en la demanda.

"El honorable Tribunal primero viola el artículo 593 del Código Judicial, conforme al cual ha debido tener en cuenta la demanda, y darle a continuación relevancia jurídica correspondiente en segunda las reglas de los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, conforme a la cual las partidas y registros civiles tienen pleno valor probatorio para acreditar el estado civil de las personas, junto con lo dispuesto en los artículos 346, 347, 348, 349, 356 y concordantes del Código Civil, ya que no le da relevencia al hecho de que Indalecio Landínez falleció, que sus herederos son nietos legítimos de Januario Afanador, parte actora, y tampoco que la misma contratante Lucía Afanador, vendedora de Ana Isabel Afanador, es hija legítima de Januario Afanador, heredera también del causante. Y sobre esos errores de hecho y de derecho se edificó el juzgamiento de que faltaban elementos constitutivos de la acción, como era la verdadera legitimación de la parte que debía ser llamada a responder o contradecir la acción. Y sobre esos postulados se desconoció la simulación, la nulidad, y finalmente la reivindicación con violación de las disposiciones citadas".

Respecto al segundo problema, tocante a la negociación del inmueble "El Jordán", dice el recurrente:

"El segundo aspecto de la decisión jurisdiccional es el relativo al inmueble 'El Jordán', porque aunque se estiman legítimas las partes en cuanto no hubo interpósitas personas entre el primitivo vendedor y la actual demandada, se reclama entonces la comparecencia de los adquirentes, en virtud de las enajenaciones que hizo Ana Isabel Afanador, de acuerdo con los mismos elementos de juicio de la parte actora; es decir, se alegó que como se solicita la declaración de dominio y reivindicación del inmueble 'El Jordán', como consecuencia de la nulidad y simulación invocadas, entonces se hace necesaria la demanda contra dichos adquirentes por aparecer que son titulares propietarios y poseedores. Esto explica cómo el sentenciador dice que se dejaron de atacar las convenciones, mediante las cuales se cumplió el acto secreto de distribución".

Después de desarrollar el anterior pensamiento, el recurrente concluye así:

"El honorable Tribunal no le dio el verdadero significado a la demanda en cuanto se reivindica el inmueble de 'El Jordán' directamente de Ana Isabel Afanador, ya que se dice que como allí se habla de varias transferencias de acuerdo con el convenio privado celebrado entre vendedor y comprador, habiéndose dejado de cumplir lo relativo a la parte correspondiente a Ana Inés Afanador de Jara, de la cual es heredero el demandante, entonces han debido ser demandados Carmen Afanador y las personas a quienes ella transfirió en cinco partes el inmueble mencionado, en condición de propietarios. La demanda dice lo que se propuso el simulante Januario Afanador, relata también cómo la compradora transfirió algunas partes de inmueble en desarrollo y ejecución del convenio simulatorio, pero no pide lo que dice el sentenciador, que se invaliden los contratos celebrados por la adquirente Ana Isabel Afanador, sino únicamente que se declare sin valor legal y efecto de transmisión del dominio de 'El Jordán' que a la demandada se le hizo, y se restituya el respectivo inmueble al patrimonio de la entidad sucesoral de Januario Afanador. Ahora, la misma demanda reconoce que Ana Isabel Afanador no es la actual poseedora total del inmueble, en virtud de actos ejecutados con propósitos diferentes al desarrollo del convenio celebrado con Januario Afanador, pero no pide la reivindicación como consecuencia de la invalidación de los títulos a que se refiere la sentencia, sino como consecuencia de la invalidación del título que le hiciera directamente Januario Afanador, y en desarrollo de la regla especial del artículo 957 del Código Civil, que dice que la reivindicación puede perseguirse también contra quien ya no posee o ya no detenta la cosa, en el caso de que por hecho propio haya dejado de poseerla. De suerte que no se ve cómo y en qué forma han debido ser citados los contratantes, los seis hermanos de la demandada Ana Isabel Afanador, y entre quienes se enajenó por séptimas partes el inmueble 'El Jordán', si aparece que no se pide la nulidad de dichos títulos con base en la simulación, ni tampoco la nulidad por sí mismo, ni la restitución, pues se demanda la reivindicación es de Ana Isabel Afanador. Ahora si la reivindicación no puede alcanzar a terceros que poseen o detentan la cosa, pues para obtener la restitución el propietario reivindicante se debe demostrar la posesión del demandado, eso es cosa diferente, que no incide en relación la demanda sobre el juzgamiento del título hecho por Januario Afanador a la demandada, e ineficacia para constituír derecho o relación jurídica, en virtud de la cual pueda tener algún derecho la demandada, ya que debe quedar sin prejuzgar su obligación como originario poseedor o detentador por haber dejado de poseer o detentar alguna parte, de recuperar a su propia costa, el bien en favor del propietario, o, en su defecto, el de abonar el valor y de resarcir el daño. Esto es tanto más claro cuanto que la acción para obtener la restitución debe dirigirse contra el actual tenedor de la cosa, siempre que el actual tenedor derive de estos hechos su tenencia; mas como dichos titulares no derivan su posesión de los hechos invocados para demandar la reivindicación, sino de los actos indebidos ejecutados por Ana Isabel Afanador, entonces carecen de fundamento y de necesidad dichas acciones, si por otra parte se tienen en cuenta los artículos 983 y 984 del Código Civil, en relación con los artículos 2341, 2342, 2343 de la misma obra. En efecto, cuando se declara la nulidad de un contrato simulado, ella lesiona no solamente a los mismos contratantes, sino también a las personas que con ellos han contratado posteriormente. El artículo 1748 del Código Civil enseña cómo la nulidad judicialmente pronunciada perjudica a terceros poseedores, salvo las excepciones legales. Siendo esto así, ello debe y puede perjudicar no solamente a las partes del acto en forma de quedar de acuerdo con la situación jurídica que deben ocupar conforme a los hechos sino a los terceros, de acuerdo a la regla de los artículos 1746 y 1748 del Código Civil. Ahora, como en el caso de autos, no se ha demandado a esos terceros, no para qué verificar el derecho de dichas personas, ya que la cuestión será verificada cuando como terceros poseedores se extremen los efectos de la simulación o nulidad".

La Corte considera:

Las pretensiones que se ejercitan en el libelo tienen por objeto recobrar los bienes que pertenecieron a Januario Afanador, para restaurar el patrimonio hereditario que por muerte de éste se repartiría entre quienes por ley deban sucederlo; mas para que esto ocurra es indispensable fundamentalmente, no sólo el acierto en elegir la acción o acciones por quien para ello esté legitimado, sino que se señale como demandados a quienes estén obligados a responder, a fin de que la relación jurídico-procesal propicie sentencia de mérito capaz de resolver la sujeta materia del litigio.

Para obtener el fin pretendido se invocan la acción de simulación como principal, la de nuli-

dad subsidiariamente y restitución de bienes como consecuencia.

Ocurre que el proceso da cuenta de dos situaciones:

a) Que Januario Afanador, presunto causante, vendió los inmuebles "Las Mercedes" y la casa y solar de Funza a Indalecio Landínez (escritura 10 de 30 de enero de 1906); que éste los vendió a Lucía Afanador (escritura 47 de 13 de abril de 1914), y ésta a la demandada Ana Isabel Afanador (escritura 98 de 6 de julio de 1917).

Además, según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, Ana Isabel hizo a sus hermanos una serie sucesiva de ventas por cuotas partes, de la mitad de la finca "Las Mercedes".

b) Que en lo que respecta a "El Jordán", adquirido por Ana Isabel directamente de Januario Afanador (escritura 41 de 27 de marzo de 1916), la compradora de entonces transfirió el dicho inmueble a Carmen Afanador (escrituras 3 de 2 de enero de 1925 y 1086 de 1º de julio de 1926). Posteriormente Carmen Afanador vendió a Ana Isabel la séptima parte de este inmueble (escritura 1908 de 22 de agosto de 1944), cuota ésta que después fue comprada por Guillermo Afanador (escritura 3198 de 28 de noviembre de 1947), lo cual demuestra que la demandada no tiene parte alguna en "El Jordán".

Entonces la pretensión de lograr el retorno de los bienes para formar el patrimonio de la sucesión de Januario Afanador supondría aniquilar los contratos, principiando por el celebrado por éste con Indalecio Landínez y con la presencia en el juicio de las personas que lo celebraron o de los representantes de sus derechos. No podría hacerse de otra manera, porque equivaldría a condenarlos sin haber tomado parte en el juicio en que su propia situación se resuelva, lo que traería por efecto que la sentencia les sea inoponible, es decir, sin efectos contra ellos. Y más claramente aparece la cuestión si no se pierde de vista que Víctor Emilio Jara demanda en calidad de heredero por derecho de representación de su madre, calidad que indica que debe primeramente romper el contrato celebrado por su causante para poder impugnar la cadena sucesiva de los contratos posteriores. Supone esto, que la acción se haya intentado contra los autores del contrato o sus representantes legales, pues sin establecer que los bienes pertenecen a la sucesión de Afanador, no estaría el demandante, con la calidad en que demanda, legitimado para hacerlo en relación a los contratos posteriores al primero, por falta de esa legitimación.

No se podría entender facultad para demandar la simulación de un contrato con relación a una sola de las partes contratantes; ni que el contrato bilateral pueda ser simulado para una y verdadero para la otra. La estabilidad que el pacto supone, determina que su rompimiento no puede acaecer sino mediante el convenio de las partes o la intervención judicial. La relación sustancial que el acuerdo de voluntades engendra dispone la situación que en el proceso pudiera tomarse cuando el litigio es entre los contratantes, o cuando personas ajenas a él buscan destruírlo. En el primer supuesto, la cuestión no ofrece mayor dificultad; en el segundo, se suscita desde el punto de vista de la relación procesal, si se prescinde de una de las partes contratantes y se trae al juicio solamente a la otra, en la creencia de aniquilar el convenio sin la intervención de todos los contratantes.

Se ha insistido para respaldar los cargos en que por haberse demandado en nombre de la sucesión, no habría necesidad de citar al juicio a los herederos de Afanador, porque para ellos se pide y porque no podrían ser simultáneamente demandantes y demandados. Se observa que el argumento serviría, asimismo, para afirmar que como la demandada Ana Isabel es heredera del causante, en su nombre también habla el libelo, y que, como nadie puede al mismo tiempo ser actor y demandado, al señalarle a uno de los herederos calidad de demandado, se lo colocaría en la contradictoria posición de parte actora y pasiva a la vez.

La acción de simulación, como la de nulidad, es personal y declarativa, y, por tanto, debe dirigirse contra los que intervinieron en la celebración de los actos y, como en la simulación se trata de discutir el verdadero pacto, no podría hacerse esto sin concurrencia al juicio de cuantos intervinieron en los negocios jurídicos atacados de simulados o nulos.

"El concurso de voluntades, modo espontáneo de crear o extinguir un contrato, o la manera forzada de hacerlo a través de la respectiva acción, supone precisamente la concurrencia de quienes intervinieron en su formación, sin que sea posible quitarle sus efectos a espaldas de sus genitores, hasta el punto de que si judicialmente se declarase ineficaz el convenio sin haber oído a una de las partes, no podría afectar la posición jurídica de quien no fue citado al juicio. Si se afirma que la extinción del contrato por modo voluntario supone consentimiento de todos los contratantes, la misma razón existe para que en el ejercicio de las acciones judiciales que buscan ese mismo resultado, se haga comparecer al juicio a todos los integrantes de la re-

lación contractual; mal podría una sentencia afectar intereses de quien no fue citado al juicio, según principio emanado de la propia Constitución". (Cas. de 31 de mayo de 1963, aún no publicada en la *Gaceta)*.

Lo anterior demuestra que el Tribunal no cometió los errores anotados en la demanda de casación al inhibirse de proferir fallo de mérito por no encontrar demanda en forma y que, por tanto, no son prósperos los cargos.

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 del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha cuatro de octubre de mil novecientos sesenta, proferida en el presente juicio ordinario de Víctor Emilio Jara frente a Ana Isabel Afanador, sobre simulación de unos contratos.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION

Nulidad -

Quien negocia a sabiendas del vicio que afecta el título de la persona con quien contrata, no puede oponer su conducta conscientemente errónea al verdadero titular del derecho. Efectos de la cesión hecha por el beneficiario del título aparente.

1. Cuando la voluntad real y la voluntad declarada no coinciden, la acción de prevalencia conduce a obtener que la máscara caiga ante la realidad, que el verdadero querer de las partes se anteponga a la declaración. De manera que si no quisieron celebrar contrato alguno, el pronunciamiento de la simulación ha de borrar en absoluto la apariencia de negocio jurídico, y quienes allí figuraron como partes deben regresar al estado anterior. Y si la simulación es relativa, por mostrarse un tipo contractual para disfrazar el que en realidad se quería, debe declararse el negocio que en el fondo fue consentido, para que con plenitud surta efectos en el campo de lo lícito, en el supuesto básico de no contradecir las buenas costumbres ni el orden público.

En ninguna de las dos hipótesis generales de simulación, absoluta o relativa, se trata de nulidad. En este recinto de las nulidades, el querer real de las partes se dirige ciertamente a la celebración del contrato declarado, mas el propósito se frustra por faltar elementos sustanciales de fondo o de forma, o porque se contradigan normas tutelares con respecto a determinadas personas. Mientras que en la simulación, el acuerdo de voluntades se encamina a fingir determinado contrato cuando no se quiere ejecutar ninguno, si la simulación es absoluta; o a crear la apariencia de un contrato cuando en realidad es celebrado otro diverso, si la simulación relativa se contempla.

Tanto en una hipótesis como en la otra, la creación de apariencia jurídica compromete a quienes actúan, frente a quienes no revisten el carácter de partes o en este mismo lugar han de hallarse de acuerdo con la ley. Por eso los terceros pueden atener su buena fe a lo ostensible, sin perjuicio de estar capacitados para pedir que por la justicia se haga prevalecer la realidad sobre la apariencia, si así lo prefieren en guarda de sus intereses legítimos. De ahí también que, en principio, la simulación judicialmente declarada no sea oponible a terceras personas.

Pero la tutela jurídica protege a los terceros, no simplemente porque lo sean, sino por ser terceros de buena fe. Se trata de saber entonces si estaban o no en posibilidad jurídica de conocer la simulación, para determinar, en consecuencia, si obraron o no a sabiendas del vicio que afectaba el título de la persona con que a su turno contrataran o que fue su autor.

Quien conoce o está en la necesidad de conocer con el mínimo de diligencia y cuidado que la titularidad de aquél con quien negocia para subrogarse en su derecho es apenas putativa, o quien tiene razón fundamental y obvia para entender que esa titularidad aparente se discute en juicio, por sí y ante sí asume todos los riesgos anexos a la eventual ausencia de titularidad en su autor, y no puede oponer con éxito su conducta conscientemente errónea al verdadero titular del derecho, según se desprenda de la simulación judicialmente declarada.

2. El beneficiario del título aparente puede cederlo por cualquiera de las vías hábiles en derecho para ello. Y quien recibe puede aun alcanzar condición mejor que su cedente, si por invencible ignorancia de hecho no supo que su autor era apenas el simulado titular del derecho. Pero si en concreto acontece que el mínimo de prudencia y diligencia le habría sido bastante para disipar el error, si cuando menos le es imputable al respecto culpa grave, su ignorancia, si la hubiese, no tiene asidero en derecho: el fallo de simulación le es oponible y desaparece también su cuestionada titularidad. La culpa

grave y el dolo se equiparan en derecho civil (artículo 63), y, por consecuencia ineludible, quien así actúa no recibe el tratamiento de buena fe: es palmar que dolo y culpa grave son situaciones destructoras que la excluyen necesariamente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y ocho (18) de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Gabriel Gómez, hijo natural de Mercedes Gómez, aquejado de enfermedad irreversible y en los últimos días de su vida, por escritura pública 430 de 2 de julio de 1957, Notaría de Bolívar, Departamento de Antioquia, dijo transferir a título de venta en favor de su hijo natural habido en Herminia Vélez Torres, y reconocido ante Notario, Argemiro Gómez o Vélez, la finca de "San Francisco", en el paraje de "San Miguel", del mismo Municipio, junto con sus semovientes; y una casa de tapia y teja de barro en el área de la referida población.

Al cabo de seis días, el 8 de julio de 1957, murió Gabriel; y dos meses más tarde, el 8 de septiembre, vino a fallecer su hijo natural Argemiro Gómez o Vélez.

Dos días después de esta defunción, el 10 de septiembre de 1957, se presentó el doctor Luis Angel Zapata García ante el Notario de Bolívar, y en la escritura 569 dijo que como apoderado de la madre natural Herminia Vélez Torres, según instrumento de la misma fecha, otorgado en la Notaría de Quibdó, le vendía a Guillermo Velásquez Palacio y Honorio Vélez Uribe, por $ 47.500.00, "los derechos hereditarios que corresponden a la *poderdante* en los bienes sucesorales del señor Argemiro Vélez".

El registro de esta escritura fue denegado por el hecho de estar inscrita la demanda en que Mercedes Gómez, madre natural de Gabriel Gómez, llamó a juicio a Herminia Vélez Torres para que en favor de la herencia del propio Gabriel Gómez se declarara la simulación del contrato aparente en la citada escritura pública 430 de 2 de julio de 1957, Notaría de Bolívar. Mas los compradores Vélez y Velásquez obtuvieron que Herminia Vélez Torres directamente les repitiera en la Notaría de Quibdó, por medio de la escritura 153 de 10 de septiembre de 1957, registrada en ese Circuito el día 11, el traspaso de aquellos derechos hereditarios, donde se lee esta declaración.

"Los adquirentes manifiestan que en caso de que doña Mercedes Gómez no participe directa o indirectamente en los bienes de Argemiro Antonio Vélez Gómez, a que dicha señora habite (sic), goce o use de la casa que actualmente usufructúa, y atender a sus gastos, necesidades personales de acuerdo con su trato y posición social, así como sus gastos funerales en el caso de que falleciere".

Lo cual, no obstante la redacción deficiente o el desgreño en compulsar la copia, indica, sin duda alguna, que los compradores dijeron asumir para con Mercedes Gómez aquellas obligaciones relacionadas con su congrua subsistencia, y aun con sus gastos funerarios, a condición de que no participara "directa o indirectamente en los bienes de Argemiro Antonio Vélez Gómez".

Con esta base, Vélez y Velásquez iniciaron cuatro días más adelante, el 14 de septiembre de 1957, el juicio sucesorio de Argemiro Gómez o Vélez. Obtuvieron que el Juez del Circuito de Bolívar decretara en esa fecha el secuestro de bienes, el reconocimiento como subrogatarios de la heredera Herminia Vélez Torres, en su carácter de madre natural; la facción de inventarios y avalúos, y posteriormente, en 15 de abril de 1958, el decreto de posesión efectiva de la herencia, que el Registrador se abstuvo de anotar "por existir registrada en esta Oficina, el 10 de septiembre de 1957, en el Libro de Demandas Civiles, al folio 54 vuelto, bajo el número 10, una demanda ordinaria promovida por la señora *Mercedes Gómez* contra la señora *Herminia Vélez Torres,* demanda en la cual aparecen detallados todos los bienes raíces pertenecientes a la sucesión del mencionado Argemiro Gómez o Vélez".

Este litigio de la madre natural de Gabriel Gómez con la madre natural de Argemiro Gómez o Vélez terminó en primera instancia con pronunciamiento proferido el 1º de septiembre de 1958 por el Juez Promiscuo del Circuito de Bolívar, a saber:

"1º Declárase simulado el contrato contenido en la escritura pública número 430, de fecha 2 de julio de 1957, otorgada en la Notaría de este Circuito, por la cual el señor Gabriel Gómez dice vender al señor Argemiro Vélez o Gómez varios inmuebles y algunos semovientes, junto con todas sus especificaciones.

"2º Declárase que el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes es el de una donación entre vivos, hecha por Gabriel Gómez a su hijo natural Argemiro Vélez o Gómez.

"3º Declárase que esta donación es válida en cuanto a la suma de $ 2.000.00 moneda legal, y

es nula en el exceso de aquella suma, por falta de insinuación. Los bienes son los siguientes:

"a) Una finca territorial con todas sus mejoras y anexidades, usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas, situada en este Municipio, en el paraje 'San Miguel', que para los efectos de matrícula se llamará 'San Francisco', cuyos linderos generales son los siguientes: ..., y

"b) Una casa de tapias y tejas de barro, situada en la demarcación de este poblado, cuyo solar mide cinco varas de frente por cuarenta de centro, y que linda así: ...

"Todos los semovientes que pastaban en la finca primeramente alinderada y que hayan sido de propiedad del señor Gabriel Gómez, como ganado caballar, vacuno, mular y de cerda;

"La suma de $ 69.295.80 moneda legal, que a la fecha de las donaciones figuraba en las cuentas que el señor Gabriel Gómez tenía a su favor en las Agencias de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; Banco Cafetero, y de café de los señores Alfonso Palacio R. y Luis Alfonso Angel V., todas ellas, como ya se dijo, en esta ciudad.

"4º En consecuencia, la demandada Herminia Vélez Torres, restituirá a la sucesión de Gabriel Gómez los bienes inmuebles y los semovientes a que hace alusión el anterior numeral, y el exceso de la donación en dinero, o sea la suma de $ 67.295.80 moneda legal, en relación con la suma de $ 69.295.80 que de su padre recibió el señor Argemiro Vélez o Gómez, su hijo natural.

"5º La demandada Herminia Vélez Torres deberá pagar a la sucesión de Gabriel Gómez el valor de los frutos naturales y civiles producidos por los inmuebles, semovientes y dinero, desde la notificación de la demanda hasta el día de la entrega, y previo abono de las mejoras a que hubiere lugar, según las normas generales sobre prestaciones mutuas en caso de reivindicación, considerándose a la demandada como poseedora de buena fe, valor que se liquidará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

"6º Comuníquese al señor Notario Público de este Circuito la parte resolutiva de la presente sentencia, para que se sirva anotarla al margen de la matriz de la escritura número 430, de 2 de julio de 1957.

"7º Inscríbase el presente fallo en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bolívar (Antioquia).

"8º Costas a cargo de la parte demandada".

Esta apeló. Y surtidos los trámites de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín expidió la sentencia de 6 de febrero de 1959, en que después de decir en la parte motiva que "no está de más anotar que en cuanto a la declaratoria de dominio en favor de la herencia de Gabriel Gómez, este fallo no afecta a los cesionarios Velásquez Palacio y Vélez Uribe, quedándole a la parte actora el derecho de instaurar contra ellos otra acción, en la que se controvierta si están obligados o no a la restitución de los bienes", en la resolutiva "*confirma* la sentencia apelada, con la advertencia, en cuanto a los ordinales 4º y 5º, que las declaraciones no se hacen contra Herminia Vélez Torres sino contra la sucesión de Argemiro Gómez, representada por la mencionada señora Vélez Torres, y con la aclaración hecha en cuanto a terceros".

El presente litigio.

Fue así como Mercedes Gómez entabló demanda en juicio ordinario contra Honorio Vélez Uribe y Guillermo Velásquez Palacio, con estas súplicas:

"a) Que los bienes descritos en los hechos 4º, 5º y 6º de esta demanda son del dominio de la sucesión ilíquida de Gabriel Gómez, quien falleció aquí el 8 de julio de 1957, y está representada dicha sucesión hoy por los legitimarios del *de cujus*, que son doña Mercedes Gómez, madre natural del mismo, y por los subrogatarios de los derechos que pudieran corresponder a Argemiro Gómez o Vélez, señores Guillermo Velásquez Palacio y Honorio Vélez Uribe.

"b) Que los señores Guillermo Velásquez Palacio y Honorio Vélez Uribe, como actuales poseedores de la totalidad de los bienes pertenecientes a la sucesión ilíquida de Gabriel Gómez, están en la obligación de restituír a doña Mercedes Gómez, en el término de tres días, la mitad de esos bienes por estar ocupándolos en calidad de herederos, sin tener derecho sino a la mitad que fue en lo que se podían subrogar legalmente.

"c) Que la restitución de la mitad de los bienes que ocupan indebidamente los señores Guillermo Velásquez Palacio y Honorio Vélez Uribe, y que corresponde por concepto de legítima a doña Mercedes Gómez, la deben hacer a ésta junto con sus frutos naturales y civiles, así: de la finca 'San Francisco', lo mismo que de los semovientes y frutos que secuestraron el 16 de septiembre de 1957, a partir de esa fecha y de los dineros que les entregaron el 15 de abril de 1958, también a partir de esa fecha hasta cuan-

do se verifique la entrega de los mismos, y no solamente los percibidos sino los que la dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo las cosas en su poder.

"d) Que se condene a los demandados en las costas del presente juicio".

El litigio fue desatado en primera instancia por el Juez Promiscuo del Circuito de Bolívar, quien resolvió el 21 de octubre de 1961:

"*Primero.* Se declara que los bienes que adelante se determinarán son del dominio de la sucesión ilíquida de Gabriel Gómez, fallecido aquí el 8 de julio de 1957, representada dicha sucesión hoy por los legitimarios, que son: doña Mercedes Gómez, madre natural del mismo, y por los subrogatarios de los derechos que pudieran corresponder a Argemiro Gómez o Vélez, señores Guillermo Velásquez Palacio y Honorio Vélez Uribe.

"*Segundo.* Se declara que doña Mercedes Gómez, como madre natural del causante Gabriel Gómez, es heredera en la mitad de los bienes relictos.

"*Tercero.* Los señores Guillermo Velásquez Palacio y Honorio Vélez Uribe, como actuales poseedores de la totalidad de los bienes pertenecientes a la sucesión ilíquida de Gabriel Gómez, están obligados a restituír a doña Mercedes Gómez, en el término de tres días, a partir de la ejecutoria de esta providencia, la mitad de dichos bienes.

"*Cuarto.* En cuanto a prestaciones mutuas a que quedan obligados el actor y los poseedores vencidos, se considerarán los últimos como poseedores de mala fe.

"*Quinto.* Se condena a los señores Guillermo Velásquez Palacio y Honorio Vélez Uribe al pago de las costas del presente juicio.

"Los bienes de que se trata son los siguientes:

"a) Una finca territorial con todas sus mejoras y anexidades, usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas, situada en este Municipio, en el paraje 'San Miguel', que para efectos de matrícula se llamará 'San Francisco', cuyos linderos generales son los siguientes: ...

"b) Una casa de tapias y tejas de barro, situada en la demarcación de este poblado, cuyo solar mide cinco varas de frente por cuarenta de centro, y que linda así: ...

"c) Todos los semovientes que el vendedor poseía en la finca primeramente alinderada y que fueron de su propiedad, que resultaron ser los siguientes: ocho atacos de ganado vacuno, un toro, una novilla, tres yeguas con sus respectivas crías, cinco mulas, de diferentes edades y colores, dos muletas de diez y ocho a veinte meses en aquella época.

"d) La suma de $ 67.295.80 moneda legal, recibidos en dinero.

"*Sexto.* Inscríbase el presente fallo en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito".

Surtida la segunda instancia por apelación de los demandados, con fecha 1º de julio de 1962, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín hizo este pronunciamiento:

"... *confirma* la sentencia objeto de la apelación, menos el numeral segundo de la parte resolutiva, que se *revoca*, y en su lugar se resuelve que no hay lugar para hacer la declaración correspondiente, y con la *reforma* del numeral cuarto de las mismas resoluciones, el cual quedará así:

"La restitución que deben hacer los demandados de la mitad de los bienes se extiende a los frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos sino los que la demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo esa porción en su poder, pero se abonarán a los demandados los gastos ordinarios invertidos en la conservación de los bienes, sin derecho a que se les abonen las mejoras útiles, pero tendrán los derechos que concede el último inciso del artículo 966 del Código Civil. La determinación de los valores respectivos se hará mediante la tramitación del artículo 553 del Código Judicial.

"En virtud de las reformas hechas a la sentencia de primera instancia, solamente la mitad de las costas de la segunda instancia son de cargo de la parte apelante".

Es ahora la oportunidad de resolver acerca del recurso de casación interpuesto y sustentado por la parte vencida.

La sentencia impugnada.

Por cuanto halla que no se controvierte la calidad de heredero, sino que se persigue la restitución de bienes de la herencia de Gabriel Gómez, el sentenciador entra en el análisis de los elementos de la reivindicación, y cuanto a la titularidad de la demandante expresa:

"Obran en el juicio las sentencias de primero y segundo grado, proferidas por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar y el Tribunal, de fechas 1º de septiembre de 1958 y 6 de febrero de 1959, por medio de las cuales se declaró

la simulación del contrato encerrado en la escritura número 430 de 2 de julio de 1957, de la Notaría del Circuito de Bolívar, celebrado entre Gabriel y Argemiro Gómez, y por las cuales se ordenó la restitución a favor de la sucesión del primero de (sic) los bienes aludidos en la demanda, en contra de la sucesión de Argemiro Gómez, representada por Herminia Vélez Torres.

"Igualmente aparece comprobado en los autos que cuando los demandados fueron a inscribir la escritura número 569 de 10 de septiembre de 1957 en la Oficina de Registro del Circuito de Bolívar, por la cual adquirieron de Herminia Vélez sus derechos hereditarios en la sucesión de Argemiro Gómez, el Registrador se negó, en virtud de que ya estaba registrada la demanda instaurada por Mercedes Gómez contra la heredera Herminia Vélez Torres. Esta circunstancia motivó precisamente el hecho de que los demandados viajaran a Quibdó para otorgar allí la escritura y registrarla en ese mismo Circuito.

"De aquí se desprenden muy fundamentales consecuencias, como pasa a verse. El artículo 2º de la Ley 38 de 1945 preceptúa:

'Todo Juèz ante quien se presente una demanda civil sobre el dominio u otro derecho real principal constituído sobre un inmueble o acerca de una universalidad de bienes en que figuren inmuebles, ordenará que se tome razón de aquélla en el Libro de Registro de Demandas Civiles.

'La orden de registro la dictará el Juez en el mismo auto en que acepte la demanda, y la comunicará al Registrador en el acto, para que éste la inscriba inmediatamente.

'El Juez, por medio de un oficio escrito en papel común, hará saber al Registrador lo siguiente: entre qué personas versa la demanda, el nombre de la propiedad inmueble, su situación y linderos. Verificada la inscripción por el Registrador, se considerará en litigio la cosa para los efectos del artículo 1521 del Código Civil'.

"Está en litigio el dominio u otro derecho real principal constituído sobre un inmueble o acerca de una universalidad de bienes en que figuren inmuebles, desde que se verifica el registro de la demanda hasta que se cancela. Se coloca así el dominio en situación de verdadera incertidumbre, lo cual hace que el artículo 1521 del Código Civil sancione la enajenación hecha en semejantes condiciones con la nulidad por recaer la declaración de voluntad sobre un objeto ilícito (art. 1502, C. C.).

"Sabido es que debido a la sustjtución de los artículos 740 del Código Judicial y 42 de la Ley 57 de 1887 por los artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1945, al comprender las acciones relacionadas con derechos reales en universalidades de bienes en que haya inmuebles, se operó una reforma sustancial en el sentido de que ya los textos no limitan la inscripción a las acciones que versen sobre derechos reales principales en inmuebles singulares, sino que extendieron la facultad para el demandante a las que se relacionen con derechos reales en universalidades de bienes en que haya inmuebles (art. 2º de la Ley 38 de 1945).

"De modo que de acuerdo con la doctrina, aplicable hoy también al caso del pleito, el registro de la demanda que ordena hacer el Juez que conoce del litigio, determina para el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados la prohibición de inscribir cualquier título de enajenación hecha por la parte demandada, y respecto de ella y de los que contraten con ella, se ha de considerar la especie en litigio (art. 42 de la Ley 95 de 1890). (Casación 18 de diciembre de 1935. XLIII, 529).

"De modo que se trata de un sistema que mira cautelar los derechos que el demandante discute en juicio, sin que pueda servir de excusa al comprador la circunstancia de que cuando la demanda se inscribió en el registro ya estaba firmada la escritura por los otorgantes, pues si así fuera el registro de la demanda no podría cumplir su finalidad en muchos casos; y por otra parte, advertido el mismo comprador de que la situación legal de los bienes adquiridos es de incertidumbre por razón del registro de la demanda, no puede justificar su conducta al pretender ciegamente haber hecho una adquisición plenamente válida, y como consecuencia entrar a poseer y disfrutar de todos los bienes en esa forma adquiridos".

El sentenciador esfuerza su considerando en el artículo 474 del Código Judical, que a efectos de la cosa juzgada establece identidad jurídica de personas entre las partes del anterior litigio y sus causahabientes a título universal, o a título singular "por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o de la notificación de ésta, si de muebles".

Trae al respecto doctrina de la Corte, para continuar así:

"Y concretamente a los efectos de la sentencia que declaró la simulación del negocio de que trata la escritura número 430 citada, frente a los demandados, la jurisprudencia de la misma Corte Suprema ha sentado reiteradamente el principio de la protección de la buena fe los terceros, respecto de los contratos simulados; pero *a con-*

trario sensu, le ha negado el amparo a quienes como los demandados en este juicio, obtuvieron el registro de la escritura de enajenación a favor de ellos, cuando se encontraba ya inscrita la demanda propuesta por la misma demandante en contra de la sucesión de Argemiro Gómez, representada por la nombrada Herminia Vélez Torres.

"La institución del registro, cabe repetir, tiene la esencial finalidad de servir de órgano de publicidad, y así resulta natural que los demandados no puedan aspirar a ser legalmente protegidos en cuanto entendieron haber adquirido la totalidad de los derechos herenciales en la sucesión de Argemiro Gómez o Vélez, en razón de que ya había sido registrada la demanda que instauró Mercedes Gómez contra la sucesión de aquél.

"De allí, por consiguiente, que al estudiar el Juzgado la excepción de inoponibilidad propuesta por los demandados, anota acertadamente que el fallo que decidió acerca de la simulación, hizo la salvedad de que la inoponibilidad de que allí se habló no impide que los cesionarios de Herminia Vélez puedan ser demandados en otro juicio, lo cual es claro porque no los deja inmunes frente a las acciones que contra ellos quepan, ya que la ley no los puede amparar por no ser terceros absolutos, en vista de que su adquisición es posterior a la inscripción de la demanda, y se hizo a sabiendas de la acción entablada, porque otra cosa es que por no haber sido partes en el juicio en que se trató de la simulación del negocio a que alude la escritura número 430, no podían ser condenados".

Por otro aspecto, el Tribunal expresa:

"Es también claro que si al morir Argemiro Vélez no podían ingresar al haber sucesoral todos los bienes dejados por su padre natural, sino los que le correspondieran en la sucesión de éste, conforme fue definido en el juicio ordinario de simulación, mal puede alegarse en favor de los opositores justo título proveniente del decreto de posesión efectiva de la herencia Argemiro Vélez o Gómez, porque entonces cabe sostener en armonía con el artículo 752 del Código Civil, que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada, de modo que no pueden los demandados invocar justo título para poseer la totalidad de la herencia dejada por Gabriel Gómez".

La acusación.

El libelo aduce tres reparos por la causal 1ª, y otro por la causal 2ª, artículo 520 del Código Judicial.

Primero. "Error de derecho consistente en darle al fallo que profirió el Tribunal Superior de Medellín el 6 de febrero de 1959, en el juicio ordinario que adelantó por simulación Mercedes Gómez contra la sucesión de Argemiro Vélez o Gómez, un valor legal y unos efectos jurídicos de que carece, pues consideró que con base en él podía condenar en juicio reivindicatorio a mis poderdantes para obligarlos a restituír a la sucesión de Gabriel Gómez unos bienes que habían adquirido regularmente".

Alude a la salvedad de aquel fallo en el sentido de que "no afecta a los cesionarios Velásquez Palacio y Vélez Uribe, quedándole a la parte actora el derecho de instaurar contra ellos otra acción, en la que se controvierta si están obligados o no a la restitución de los bienes". Y estima el recurrente que a pesar de ello el juicio actual no tuvo por base comprobar que Vélez y Velásquez hubieran tenido conocimiento de la falta de seriedad de aquel negocio, sin que sea suficiente decir que la demanda de simulación estaba inscrita "porque —dice— esto en sí mismo no pone en descubierto la realidad oculta ni quita la posibilidad a la demanda de ser temeraria, como es frecuente en muchas ocasiones".

"Si los efectos que la ley determina a un fallo de simulación —agrega— se circunscriben a las partes en el juicio y en el acto simulado, y a los terceros de mala fe, y si el Tribunal procedió en contrario, es claro que le atribuyó a esa sentencia y a su prueba en el proceso un mérito distinto del que le señala aquélla, incurriendo de este modo en error de derecho".

De donde desprende quebranto indirecto por inobservancia del artículo 17 del Código Civil, en armonía con el 478 del Código Judicial, y por consecuencia violación, por aplicación indebida, de los artículos 1766, 1547, 1548, 946, 1933, 1934 y 964 del Código Civil.

Segundo. Dice el escrito de casación:

"Por haberse enterado mis poderdantes cuando se les negó el registro de la escritura 569, que se hallaba inscrita una demanda sobre los mismos bienes, y haber insistido inmediatamente después en repetir el instrumento público ratificador del contrato, deduce el Tribunal la mala fe en que apoya el doble efecto de su condena: extender sobre ellos el resultado de una sentencia sobre simulación a la cual fueron extraños,

condenándolos a devolver lo adquirido regularmente; y agravando su situación con la cuantía de los frutos en su proyección más amplia".

Al respecto, y con base en que la buena o mala fe es elemento subjetivo "que se concreta en hechos externos concatenados, que forman un todo desde su comienzo hasta su expresión final (actos preparatorios, ejecutivos y consumativos)", alega en seguida que en la preparación de la compra de derechos hereditarios a Herminia Vélez, los adquirentes procedieron de buena fe, y que ante la negativa del registro de la respectiva escritura, era lógico y ético que Vélez y Velásquez trataran de asegurar una suma considerable de dinero, al par que exento de malicia el obtener sin demora que se ratificara el contrato, para tener por lo menos un instrumento público que permitiese demandar ante el Juez la protección de sus derechos.

Continúa en este orden de ideas, y concreta su pensamiento así:

"Resulta un error muy abultado confundir el conocimiento que se tiene de la inscripción de una demanda, y el conocimiento o participación que se tiene sobre la simulación, sobre la existencia de un hecho oculto entre los autores de la escritura 430, que ni siquiera estaba escrito. Tener noticia de una demanda de simulación, aún sin probarse ni declararse ésta, es saber de manera incontrovertible el acto simulado? —¿La sola demanda debe causar convicción? ¿El solo hecho de que otro formule una acción de esa índole, y me la haga saber, me coloca ya en posición de mala fe para el futuro?—".

Alega el recurrente que "el Tribunal no tuvo en cuenta para valorar la buena fe el instrumento público que obra a fs. 5 ss., C. 1, o sea la escritura pública 569, ni la certificación y la declaración del Notario de Bolívar (fs. 6 v., C. 5, y 34, C. 1), ni la escritura 151, por la cual otorgó poder la vendedora (fs. 5, C. 1), ni las confesiones indivisibles de los reos (fs. 15, ss., C. 5), en donde aparece en forma irrefutable que estaban adelantando y perfeccionando un contrato de compraventa antes de tener noticia siquiera de una demanda y su inscripción, todo lo cual constituye plena prueba de la buena fe, que refuerza la presunción legal sobre la existencia de la misma"; y deduce de esto en el Tribunal error evidente de hecho, "que lo condujo a una calificación contraria", además de "error de derecho al darle el valor de plena prueba a un suceso (inscripción de la demanda) que no es siquiera indiciario de que sabían aquéllos (Vélez y Velásquez) el convenio oculto no escrito".

Así afirma que el Tribunal violó por no aplicación los artículos 1758 y 1759 del Código Civil en armonía con el 631 del Código Judicial; por aplicación indebida los artículos 1768, numeral 2ª, del Código Civil y 663 del Código Judicial; por no aplicación el artículo 665, ibídem; todo ello conducente al quebranto de los artículos 478 del Código Judicial y 1766, 1547, 1548, 946, 1993, 1994 y 748 del Código Civil.

Tercero. La tacha consiste esencialmente en que al tercero debe probársele que conocía la falta de seriedad del negocio, para que pueda afectarle el fallo declaratorio de la simulación. Sin embargo, de lo cual el presente litigio no se inició con la petición de que se declarara a los demandados conocedores del acuerdo secreto, sino con la solicitud de que fuesen condenados a restituír como poseedores de mala fe, aunque el recurrente admite que en el hecho 20 de la demanda se afirma que los demandados conocían la simulación. Y formaliza el reparo así:

"Por haber supuesto la sentencia que se había solicitado en la demanda y se había demostrado ampliamente que los compradores conocieron la simulación, sin ser ello así, incurrió en evidentísimo error de hecho. Y consecuencialmente estimó que la causa del segundo juicio era exactamente la misma del primero.

"Como resultado inmediato de lo anterior, el fallo aplicó indebidamente los artículos 473 y 474 del Código Judicial, en armonía con el 478 id. y 17 del Código Civil, por cuanto consideró que había identidad de causa para extender los efectos de un fallo proferido en juicio ajeno a mis poderdantes y condenarlos a la devolución de unos bienes adquiridos de buena fe, lo que concretó en su parte resolutiva.

"A través de esas normas se quebrantaron también indirectamente los artículos 1766, 1547, 1548, 946, 1993, 1994 y 1748 del Código Civil, de la manera y con los efectos que señalé en los dos cargos anteriores, produciendo así un daño patrimonial a mis representados".

Cuarto. Repite ahora la acusación bajo el color de la causal 2ª, cuando la invoca y dice:

"... esencialísimo es que se compruebe al tercero adquirente su mala fe en el momento de comprar, esto es, que tenía conocimiento de la simulación hecha por sus causantes, sin lo cual no puede adelantarse nada contra él *(cum res iudicata allis non possit)*. Probado ese factor prosperaría la consecuencia inmediata, como lo es la reivindicación. No pidió esto el demandante (fs. 29, C. 1), y nada podía decretar el Tribunal. Lo hizo, sin embargo, dando por supuesto

que ya se había solicitado claramente decisión sobre este punto, que se había discutido y probado plenamente el hecho, y pronunciado sentencia *ultra petita,* concretó así en su parte resolutiva una condena perjudicial económicamente para mis patrocinados, sin haberse solicitado y declarado un presupuesto inevitable.

"Por inobservancia quebrantó el artículo 471 del Código Judicial, profiriendo fallo sin la petición correspondiente; y a consecuencia de lo cual violó los artículos 1766, 1547, 1548, 946, 1993, 1994 y 1748 del Código Civil, por las razones que se dejaron expresadas en los cargos precedentes, y que doy por reproducidas en éste, pues el efecto es el mismo".

Se considera:

1. Cuando la voluntad real y la voluntad declarada no coinciden, la acción de prevalencia conduce a obtener que la máscara caiga ante la realidad, que el verdadero querer de las partes se anteponga a la declaración. De manera que si no quisieron celebrar contrato alguno, el pronunciamiento de la simulación ha de borrar en absoluto la apariencia de negocio jurídico, y quienes allí figuraron como partes deben regresar al estado anterior. Y si la simulación es relativa, por mostrarse un tipo contractual para disfrazar el que en realidad se quería, debe declararse el negocio que en el fondo fue consentido, para que con plenitud surta efectos en el campo de lo lícito, en el supuesto básico de no contradecir las buenas costumbres ni el orden público.

2. En ninguna de las dos hipótesis generales de simulación, absoluta o relativa, se trata de nulidad. En este recinto de las nulidades, el querer real de las partes se dirige ciertamente a la celebración del contrato declarado, mas el propósito se frustra por faltar elementos sustanciales de fondo o de forma, o porque se contradigan normas tutelares con respecto a determinadas personas. Mientras que en la simulación, el acuerdo de voluntades se encamina a fingir determinado contrato cuando no se quiere ejecutar ninguno, si la simulación es absoluta; o a crear la apariencia de un contrato cuando en realidad es celebrado otro diverso, si la simulación relativa se contempla.

3. Tanto en una hipótesis como en la otra, la creación de apariencia jurídica compromete a quienes actúan, frente a quienes no revisten el carácter de partes, o en este mismo lugar han de hallarse de acuerdo con la ley. Por eso los terceros pueden atener su buena fe a lo ostensible, sin perjuicio de estar capacitados para pedir que por la justicia se haga prevalecer la realidad sobre la apariencia, si así lo prefieren en guarda de sus intereses legítimos. De ahí también que, en principio, la simulación judicialmente declarada no sea oponible a terceras personas.

4. Pero la tutela jurídica protege a los terceros, no simplemente porque lo sean, sino por ser *terceros de buena fe.* Se trata de saber entonces si estaban o no en posibilidad jurídica de conocer la simulación, para determinar, en consecuencia, si obraron o no a sabiendas del vicio que afectaba el título de la persona con que a su turno contrataran o que fue su autor.

Quien conoce o está en la necesidad de conocer con el mínimo de diligencia y cuidado que la titularidad de aquel con quien negocia para subrogarse en su derecho es apenas putativa, o quien tiene razón fundamental y obvia para entender que esa titularidad aparente se discute en juicio, por sí y ante sí asume todos los riesgos anexos a la eventual ausencia de titularidad en su autor, y no puede oponer con éxito su conducta conscientemente errónea al verdadero titular del derecho, según se desprenda de la simulación judicialmente declarada.

5. El beneficiario del título aparente puede cederlo por cualquiera de las vías hábiles en derecho para ello. Y quien recibe puede aun alcanzar condición mejor que su cedente, si por invencible ignorancia de hecho no supo que su autor era apenas el simulado titular del derecho. Pero si en concreto acontece que el mínimo de prudencia y diligencia le habría sido bastante para disipar el error, si cuando menos le es imputable al respecto culpa grave, su ignorancia, si la hubiese, no tiene asidero en derecho: el fallo de simulación le es oponible y desaparece también su cuestionada titularidad. La culpa grave y el dolo se equiparan en derecho civil (artículo 63), y, por consecuencia ineludible quien así actúa no recibe el tratamiento de buena fe: es palmar que dolo y culpa grave son situaciones destructoras que la excluyen necesariamente.

6. La manera como en el tiempo y en el espacio llegó a efectuarse por Vélez y Velásquez la compra de derechos hereditarios de Herminia Vélez en la sucesión de Argemiro Gómez, es notoriamente incompatible con la certeza que los compradores abrigaran sobre la seriedad de la adquisición de bienes por Argemiro como comprador en la escritura de venta que el padre natural le otorgara a la vista de su muerte próxima. Menos cuando estaba ya en curso la demanda de simulación de ese acto, incoada precisamente contra Herminia Vélez en el lugar

jurídico de Argemiro y a favor de la herencia de Gabriel Gómez por la madre natural de este último, Mercedes Gómez.

Ni abonaría ciertamente la invencible ignorancia en que se hallaran Vélez y Velásquez, el hecho de que en la propia escritura de compra de derechos hereditarios de Herminia Vélez hacen, a favor de quien no figura allí como parte, la gratuita manifestación de que conservarán a Mercedes Gómez en el disfrute de la casa que ocupa y atenderán a sus gastos congruos, inclusive los funerarios, si no participa directa o indirectamente de los bienes por colacionar en la sucesión de Argemiro, cuya madre natural les cede sus derechos hereditarios. Más que ignorancia parecería haber no poca reticencia en esa conducta de todos modos errónea por imprudencia grave al comprar derechos hereditarios con la mirada puesta en la totalidad de los bienes comprendidos por la simulación que en definitiva fue declarada por los Tribunales.

Y no otra cosa que el obrar de Vélez y Velásquez a sabiendas del litigio de simulación denuncia la circunstancia de la escritura repetida en Quibdó, a más del no registro de la otorgada en Bolívar, por estar ya inscrita la demanda inicial de ese mismo proceso.

En tales condiciones no aparece desviado por error de derecho, y menos aún por yerro manifiesto de hecho, el juicio del Tribunal acerca de que Vélez y Velásquez procedieron a comprar aquellos derechos hereditarios a pleno conocimiento del pleito en que se discutió y sucumbió el título del causante Argemiro Gómez, *iure proprio*, sobre la totalidad de los bienes que la justicia decretó devolver al patrimonio constitutivo de la herencia de Gabriel Gómez.

7. Si esa fue, pues, la conducta de Vélez y Velásquez a tiempo de comprar los derechos hereditarios de Herminia Vélez en la sucesión de Argemiro Gómez, no se remite a duda que conscientemente asumieron los resultados de aquella litis en que se ejercitó con éxito la acción de prevalencia. De ninguna manera podrían pretender que cuando negociaron tuviesen la conciencia, esto es, la seguridad moral de haber adquirido el derecho de su verdadero titular, desde luego que, a más de las otras circunstancias, por virtud del pleito pendiente, con demanda registrada que impidió la inscripción de la venta en el Circuito de Bolívar, para todo el mundo había duda fundamental a ese respecto. De tal modo, la desaparición del acto simulante compromete la suerte de quienes por error de conducta se atuvieron a la apariencia judicialmente discutida. Con lo que no se hicieron merecedores de la protección que a la buena fe conceden las normas.

8. No porque se repita el cargo bajo el ropaje de la causal 2ª cambia la naturaleza jurídica de la misma acusación invocada ya por la causal 1ª. Así, lo expuesto es aplicable al libelo en cuanto afirma sustentar la incongruencia. Pues si el fallo declarativo de la simulación es oponible a los demandados, cuya titularidad desaparece en la misma medida para negarse a la restitución, y ello concierne precisamente a la titularidad como elemento de la acción reivindicatoria, el libelo inicial no tuvo allí óbice a su prosperidad en favor de la herencia de Gabriel Gómez. Por lo que el Tribunal se mantuvo dentro del marco litigioso.

RESOLUCION:

En tal virtud, 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 1º de junio de 1962, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el presente litigio de Mercedes Gómez contra Honorio Vélez Uribe y Guillermo Velásquez Palacio.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CASACION

Es recurso extraordinario y estricto.—Condiciones de la demanda.

Puesto que en el recurso extraordinario ha de cristalizar la pretensión conducente a obtener la quiebra del fallo de instancia, que se presume ajustado a derecho, el estudio de mérito no se abre sino cuando la demanda de casación plantea formalmente, por los elementos que encierra, alguno de los motivos estrictos en que haya de fundarse la infirmación del fallo recurrido.

No es ciertamente pretender que en la práctica todas las demandas de casación obedezcan a técnica perfecta. Por la naturaleza misma de las cosas existe al respecto alguna amplitud de criterio interpretativo de los libelos, pero no de flexibilidad tal que condujera a la Corte al conocimiento de fondo por manera oficiosa, del todo extraña en casación.

Por eso ordena el artículo 531 del Código Judicial que a más del resumen de los hechos controvertidos, la demanda de casación debe "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"; y que si son varias las causales, se expongan en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una.

Por eso, además, si se trata de la causal 1ª y "la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba", exige el artículo 520 (motivo 1º), "que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

De manera que los cargos debidamente formulados en el libelo mueven y a la vez enmarcan los poderes de juzgamiento, y la Corte no está en capacidad de extralimitar ese perímetro de impugnación del fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinte (20) de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Con fecha 6 de agosto de 1960, y en memorial dirigido al Juez del Circuito de Ocaña, Manuel Julián Arévalo Flórez dijo:

"... confiero poder al doctor Armando Solano B. para que promueva y lleve hasta su terminación los juicios ordinarios de nulidad y de lesión enorme contra los señores José del Carmen Castro Gallardo y Jerónimo Arévalo Alvarez, mayores y vecinos de esta población. Mi apoderado queda facultado para entablar las acciones que considere convenientes e interponer los recursos de caso, como también recibir, desistir, transigir y sustituír el presente poder, en mi propio nombre y en el de la sucesión", de Manuel Arévalo, según frase interlineada en el memorial.

De esta manera se formuló la demanda inicial del presente juicio ordinario contra Castro Gallardo y Arévalo Alvarez, con invocación para el actor del carácter de heredero en el sucesorio de Manuel Arévalo A., y súplicas principales tendientes a obtener para la herencia la declaración de nulidad de las ventas hechas por el aludido Manuel Arévalo en favor de José del Carmen Castro Gallardo y de Jerónimo Arévalo, respectivamente, en las escrituras de la Notaría de Ocaña, números 324 del día 21 y 326 del día 22, ambas de junio de 1960. Como súplica subsidiaria se hizo la de rescisión por lesión enorme de los mismos contratos.

El Juez del Circuito de Ocaña, en sentencia del 10 de abril de 1962, despachó favorablemente las súplicas principales. Pero abierto el segun-

do grado procesal por apelación de los demandados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con fecha 28 de julio de 1962, resolvió:

"1º *Revocar* la sentencia apelada en todas sus partes, absolviendo en su lugar a los demandados de todos los cargos de la demanda.

"2º Condenar al actor a pagar las costas del juicio".

El Tribunal encontró en el proceso varios errores del demandante:

a) La vaguedad e imprecisión del poder, que no determina el negocio a que se refiere.

b) "En la demanda se habla del actor 'en calidad de heredero en el sucesorio de Manuel Arévalo A.' y (entre líneas, sin hacerse la salvedad debidamente) 'en nombre de la sucesión'. La parte petitoria de la demanda se formula en nombre del 'representado', y en la petición subsidiaria, ordinaria 2º, se dice que los 'inmuebles pertenecen al sucesorio de Manuel Arévalo A., y, por tanto, serán pertenencia del respectivo heredero' ".

c) "La confusión del libelista —dice el sentenciador— no termina ahí, porque la partida de defunción de Manuel Arévalo Alvarez, de quien se dice heredero el actor, no fue acompañada a la demanda, no obstante haberse expresado así en ésta, ni se pidió en el término probatorio, ni aparece en el expediente. Las escrituras acompañadas a la demanda (C. 1, fs. 10 y 12) carecen de la nota de registro".

La falta de la partida de defunción del *de cuius*, agrega el Tribunal, "deja sin acción al pretendido heredero, admitiendo en gracia de amplitud en la interpretación de la demanda, que el demandante hubiera pedido para la sucesión de su padre; y es mucho menos, sin considerar que esas escrituras sin la correspondiente nota de registro no hacen ninguna fe en juicio ni ante ninguna autoridad".

Por otro aspecto, el fallo encuentra ausencia de prueba en debida forma acerca de la afirmación de que Manuel Arévalo no estaba sano de la mente cuando otorgó aquellas escrituras.

El apoderado del actor interpuso recurso de casación, y con el ánimo de sustentarlo en la causal primera, hace varias alegaciones, a saber:

1ª Que por considerar que el poder no especifica su objeto, el sentenciador interpreta las normas en forma simplista que "lo ha llevado a violar la ley sustantiva directamente así: violó los artículos 251, 256, 258, 259, 263 del Código Judicial y, por lo tanto, los artículos 2142, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2150, 2156, 2159, 2160, 2186. Violada ley sustantiva".

2ª "*Error de derecho* —dice el libelo— en la forma como el honorable Tribunal de Pamplona interpreta el mandato que me fue conferido, aplica una norma que no es pertinente, violando así la ley sustantiva en sus artículos 2157, 2186, 2142, 2144, 2145 y 2146; lo que autoriza la casación en su artículo 520, numeral 1º".

3ª "*Error de hecho*". Lo refiere a que el Tribunal no encontró en el expediente probada la muerte de Manuel Arévalo Alvarez, a pesar de saber que el Juez no podía "aceptar la demanda sin la existencia de dicha partida", que el recurrente dice haber acompañado, pero sin mostrarla en autos. Deduce que el sentenciador "incurre en un error de hecho que pretende desvirtuar la calidad de heredero de mi mandante, lo que viola la ley sustantiva así: artículos 205, 207, 225, 228, 233 del Código Judicial, lo que conlleva la violación de los artículos 1011, 1013, Ley 153 de 1887, artículos 85, 1298 y 1299 del Código Civil, error de hecho contemplado en el artículo 520, numeral 1º del Código Judicial".

4ª Dice el libelo: "*Error de hecho.* El honorable Tribunal de Pamplona afirma que las escrituras acompañadas a la demanda no están registradas, lo que es cierto; pero el honorable Tribunal no vio que en el cuaderno número 2º de las pruebas pedidas por los demandados, ellos acompañan las mismas copias de las escrituras en los folios 11 vuelto, 12, 12 vuelto, 13 y 13 vuelto, y donde consta el registro de las dos escrituras...". No está en lo cierto el recurrente, pues basta ver que estas escrituras del cuaderno 2º son la 491 de 24 de septiembre de 1960 (venta de Jerónimo Arévalo a Luis García Alvarez) y 496 de 28 de septiembre de 1960 (aclaratoria de la anterior), en tanto que las acompañadas a la demanda inicial son la 324 de 21 de junio de 1960 (venta de Manuel Arévalo Alvarez a José del Carmen Castro Gallardo) y 326 de 22 de junio de 1960 (venta de Manuel Arévalo Alvarez a Jerónimo Arévalo Alvarez).

5ª *Error de hecho.* Lo refiere a que el Tribunal subestima el certificado del médico legista acerca de que Manuel Arévalo padecía de caquexia, cuando ese dictamen fue ampliado y ratificado, "no fue tachado por la parte interesada, y no pudo solicitarse nuevos exámenes a Manuel Arévalo A. porque murió dos días después".

"Además, dice el recurrente, este certificado está corroborado y respaldado por los testimonios de familiares y amigos de Manuel Aréva-

lo A., y en los cuales se afirma la grave enfermedad que tenía el vendedor y el estado en que fue conducido a la Notaría de la ciudad de Ocaña para hacer la transferencia, como también cómo desarrolló sus maquinaciones el señor Jerónimo Arévalo, actuando dolosamente, y quien en vez de ser hoy propietario debía estar en la cárcel; esta irregular interpretación de las pruebas y de su valor llevó al Tribunal de Pamplona a desconocer y a transgredir la ley sustantiva así: violando los artículos 593, 601, 649, 663, 664, 667, 693, 697, 699 del Código Judicial, y por ende los artículos 1502, 1503, 1504, 1508, 1851, 1740, 1741, 1747, 1750 del Código Civil, Ley 50 de 1936, artículo 2º; lo que da base para casar la sentencia, según el artículo 520, numeral 1º del Código Judicial".

6ª Dice así: "*Violación directa.* El honorable Tribunal de Pamplona al revocar la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña y absolver a los demandados ha violado directamente la ley sustantiva en sus artículos 1502, 1503, 1504, 1508, 1851, 1740, 1741, 1747, 1750 del Código Civil, lo que motiva la casación, según el artículo 520 del Código Judicial".

Se considera:

1. Puesto que en el recurso extraordinario ha de cristalizar la pretensión conducente a obtener la quiebra del fallo de instancia, que se presume ajustado a derecho, el estudio de mérito no se abre sino cuando la demanda de casación plantea formalmente, por los elementos que encierra, alguno de los motivos estrictos en que haya de fundarse la infirmación del fallo recurrido.

No es ciertamente pretender que en la práctica todas las demandas de casación obedezcan a técnica perfecta. Por la naturaleza misma de las cosas existe al respecto alguna amplitud de criterio interpretativo de los libelos, pero no de flexibilidad tal que condujera a la Corte al conocimiento de fondo por manera oficiosa, del todo extraña en casación.

2. Por eso ordena el artículo 531 del Código Judicial que a más del resumen de los hechos controvertidos, la demanda de casación debe "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"; y que si son varias las causales, se expongan en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una.

Por eso, además, si se trata de la causal 1ª y "la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba", exige el artículo 520 (motivo 1º) "que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

De manera que los cargos debidamente formulados en el libelo mueven y a la vez enmarcan los poderes de juzgamiento, y la Corte no está en capacidad de extralimitar ese perímetro de impugnación del fallo acusado.

3. En el presente recurso salta a la vista que la demanda no reúne las condiciones de forma impuestas por la ley. Porque a más de la anotada inexactitud, se mantiene por fuera de las nociones de error de derecho y manifiesto de hecho en cuestión probatoria. Y cuanto a la violación de normas sustanciales, aparte de enumerar no pocas, el recurrente no expresa, y menos aún en forma clara y precisa, los fundamentos que en su concepto pudieran demostrar el cargo.

En tales circunstancias no hay reparo viable contra la decisión 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 28 de julio de 1962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el presente litigio de Manuel Julián Arévalo F. contra Jerónimo Arévalo Alvarez y José del Carmen Castro Gallardo.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CASACION

La Corte no puede llenar los descuidos de la demanda. — No tiene ninguna trascendencia en el acto partitivo el quebranto del artículo 1374 del Código Civil.

1. La violación del artículo 1374 del Código Civil no tiene ninguna trascendencia en el acto partitivo. Y de que el comunero ejercite esta acción no se sigue que, por no haberse dividido materialmente los bienes inmuebles de una sucesión, se haya violado el artículo en cita, ya que las normas que debe seguir el partidor en la distribución o división y adjudicación de los bienes son otras.

2. Estando enfrentadas en el recurso de casación la sentencia y la ley sustancial con el fin de enmendar el agravio que aquélla le haya infringido a la segunda por la violación directa, o la aplicación indebida o la interpretación errónea en que haya incurrido el sentenciador de segunda instancia, el recurrente ha de cuidarse, como lo preceptúa el artículo 531 del Código Judicial, de citar en su libelo los textos legales que estime infringidos, los cuales, como es de lógica jurídica, deben guardar relación con la materia del litigio. La Corte no puede llenar los descuidos en que incida el acusador, porque su proceder no es oficioso sino restringido a los límites de la demanda.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

Nazario Montenegro murió el 15 de mayo de 1953, dejando como herederos abintestato a su hermana legítima, Rogelia Montenegro, y a Víctor Manuel, Leonila y Aurelia Checa, en representación de la madre de éstos, Sofía Montenegro de Checa, sobrina legítima del causante, e Isabel Velasco Checa, en representación de su madre Angela Checa de Velasco, también sobrina legítima del mismo.

Rogelia Montenegro cedió sus derechos herenciales a Néstor y Delfín Narváez en los términos de la escritura número 302 de 19 de agosto de 1953.

Tanto a los herederos como a los cesionarios se les reconoció su condición de tales en el juicio.

El partidor designado por el Juzgado presentó su trabajo, cuyo resumen es el siguiente:

En atención a que el *de cujus* no dejó a su muerte ningún asignatario forzoso, divide la herencia en dos partes: una para la hermana Rogelia Montenegro y la otra "para los descendientes legítimos de la hermana premuerta Sofía Montenegro de Checa, esto es, que estos últimos llevarán entre todos, incluyendo a Isabel Velasco de Checa, una porción igual a la que lleva Rogelia Montenegro".

"Se hará en esta forma por mandato del artículo 21 de la Ley 45 de 1936, que reformó el 1048 del Código Civil y demás, con base en las condiciones de los inmuebles en cuanto hace relación a su contextura topográfica y mayor o menor posibilidad o facilidad de explotación económica".

Los bienes inventariados son:

A) Inmuebles situados en el Municipio de Puerres:

1º Lote denominado "Loma Larga Baja", de tres hectáreas 0249 m², marcado en el plano con el número 1, avaluado en . . . .$	14.000.00
2º Lote también llamado "Loma Larga Baja", de 1 hectárea 8730 m², avaluado en	8.000.00
3º Un derecho en comunidad con Rogelia Montenegro, equivalente a la mitad del terreno o lote "Loma Larga Baja", de 5862-50 m², distin-	

guido en el plano con el número 3, avaluado en la cantidad de 4.000.00

4º Un derecho en común con la misma Montenegro, equivalente a la mitad de la finca "Loma Larga Alta", de 1 hectárea 3.759.50 m², que lleva en el plano el número 4, avaluado en 3.000.00

5º La mitad proindiviso con Rogelia Montenegro del lote de terreno llamado "Loma Larga Alta", de una superficie de 1 hectárea 5.495 m², marcado en el plano con el número 5, avaluado en 3.000.00

B) Semovientes estimados en ... 2.380.00

C) Herramientas y otros muebles 651.00

D) Créditos 675.00

Suma el activo ... ...$ 35.706.00

Los gastos ascienden a la suma de ... ...$ 1.113.50

Distribuye el activo líquido, que es de $ 34.592.25, así:

a Delfín y Néstor Narváez, cesionarios ... ...$ 17.296.25

A Víctor Manuel Checa 4.324.06

A Leonila Checa 4.324.06

A Aurelio Checa 4.324.06

A Isabel Velasco Checa 4.324.06

Lote de gastos 1.113.50

Para cubrir estos derechos forma las siguientes cartillas de adjudicación:

Hijuela No. 1. Lote de gastos.

Para cubrir los gastos señala cuatro semovientes vacunos y otros muebles, a fin de que se los distribuyan directamente, o el producto de su venta, así:

Para Delfín y Néstor Narváez .$ 796.20

Para los tres herederos Checa e Isabel Velasco Checa, en partes iguales 317.20

Hijuela No. 2. Para Delfín y Néstor Narváez.

Les adjudica:

La mitad proindiviso del lote número 3, por valor de 4.000.00

La mitad proindiviso del lote número 4, por la cantidad de 3.000.00

La mitad proindiviso del lote número 5, por la suma de 3.000.00

Un derecho equivalente a $ 5.586.25 sobre un avalúo de $ 8.000.25 en el lote número 2 ... ... 5.586.25

Semovientes por valor de 1.110.00

10 cargas de trigo, avaluadas en . 600.00

Suma ... ...$ 17.296.25

Hijuela No. 3. Para Leonila Checa de Montalvo.

Un derecho por $ 4.024.06 sobre un avalúo de $ 14.000.00 en el lote número 1 ... ...$ 4.024.06

Los créditos contra Nicolás Villarreal, Ester Arroyo y Julio Mota, por $ 100.00 cada uno 300.00

Suma ... ...$ 4.324.06

Hijuela No. 4. Para Víctor Manuel Checa.

Le adjudica un derecho equivalente a $ 2.413.75, en relación con un avalúo de $ 8.000.00 en el lote número 2 ... ...$ 2.413.75

Un derecho de $ 1.576.01 sobre un avalúo de $ 14.000.00 en el lote número 1 ... ... 1.576.01

Dos semovientes avaluados en ... 200.00

Cuatro herramientas por 10.00

El crédito contra Francisco Luna. 100.00

Suma ... ...$ 4.324.06

Hijuela No. 4 (sic). Para Aurelia Checa V .

Le adjudica un derecho por valor de $ 4.074.06 con relación a un avalúo de $ 14.000.00 en el lote número 1 ... ...$ 4.074.06

El crédito contra Miguel Guevara. 250.00

Suma ... ...$ 4.324.06

Hijuela No. 5. Para Isabel Velasco Checa.

Le asigna un derecho por $ 4.324.06 con relación a un avalúo de $ 14.000 en el lote número 1 ... ...$ 4.324.06

Suma ... ...$ 4.324.06

El apoderado de los herederos Checa Montenegro y Velasco Checa le formuló a la cuenta de partición las siguientes objeciones:

Primera. Error en el cómputo de los gastos, consistente en que a los subrogatarios Narváez les fija una suma de $ 796.20, cuando, según el pasivo del inventario, solamente ascienden a $ 707.20. En cambio la partida de $ 317.00, por razón de los gastos efectuados por los objetantes, asciende a $ 406.30.

Segunda. Los semovientes señalados para cubrir los gastos hechos por los objetantes no existen, porque fueron vendidos por la parte opositora, y "mal pueden, por ese motivo, ser materia de subasta o de acuerdo entre los interesados para cubrir los gastos".

Tercera. Igual observación cabe respecto de los demás semovientes inventariados, que, por haber sido enajenados por la parte opositora, no pueden ser objeto de asignación a ninguno de los copartícipes, porque no existen, "salvo dos yeguas con algunas crías, cuya existencia se concretará en esta articulación".

Cuarta. No hay división o partición propiamente dicha respecto de los inmuebles, porque "no concreta lote alguno en favor de los distintos copartícipes en la sucesión, y así es lógico concluír que el partidor no ha efectuado partición alguna".

Quinta. Todos los créditos que figuran en el activo han sido pagados por los deudores "a la parte adversa", por lo mismo no pueden ser objeto de ninguna adjudicación sino los valores cobrados por los opositores, a quienes, si no los entregasen, deben computárseles a su cuota por concepto de sus derechos.

El Juzgado del Circuito, en providencia de agosto cuatro de 1960, declaró no probadas las objeciones primera, segunda y tercera, y probadas la cuarta y la quinta.

La apelación interpuesta por el apoderado de Néstor y Delfín Narváez fue resuelta por el Tribunal Superior de Pasto en sentencia de 6 de diciembre siguiente, por la cual revocó la providencia del Juzgado, declaró no probadas las objeciones propuestas por el apoderado de los copartícipes Checa y Velasco Checa, aprobó la partición, y ordenó inscribir la sentencia y la partición de conformidad con el Decreto 154 de 1957.

Motivación del fallo del Tribunal.

Limita el estudio a las objeciones cuarta y quinta resueltas en forma desfavorable a los apelantes.

Se refiere a la consideración del Juzgado, en que sustenta la cuarta objeción, de que el partidor realizó su trabajo en abstracto, comoquiera que "sólo adjudicó cuotas indivisas, dejando así comunidades indivisas que no concretan el lote que a cada uno le corresponde".

Advierte que las normas del Título X, Libro II del Código Civil, son orientadoras en la labor del partidor, cuando la voluntad de los comuneros no resuelve otra cosa. Pero la flexibilidad propia de ellas "le alejan de la modalidad imperativa y matemática para desplazar a la equidad y a la valoración circunstancias susceptibles de rodear cada caso particular".

La partición busca terminar la comunidad abstracta de derechos, pero esto "no significa que siempre y necesariamente debe individualizar las acciones con alinderamientos materiales, puesto que cuando se señala una cuota determinada, aunque se haga proindiviso, es claro que se termina la indivisión si el derecho aparece concretado sobre determinado bien".

Pasa luego a ocuparse de los inmuebles que dejó el causante, dos de propiedad exclusiva, conocidos con el nombre de "Loma larga baja", la mitad en común con Rogelia Montenegro, en el que lleva la misma denominación, y en los dos de "Loma larga alta", del avalúo que se les dio y de la distribución que debe hacerse de acuerdo con el derecho y la cuantía que corresponde a cada uno de los cinco herederos reconocidos, y concluye: "En esta forma, se comprende que los bienes no alcanzaban para adjudicárselos independiente y singularmente a cada heredero, siendo también equitativo que el fundo denominado "Loma larga alta", de propiedad del extinto, en comunidad con Rogelia Montenegro, lo adjudicase a Delfín y Néstor Narváez, por ser éstos subrogatarios de Rogelia Montenegro. Tal como lo hizo el partidor. Cuando la cantidad y el avalúo de los bienes de una sucesión no permite adjudicarles separada e individualmente las cosas a los herederos, la regla 8ª del artículo 3942 del Código Civil, permite formar hijuelas integrantes de comunidades singulares, porque desapareciendo la indivisión de la universalidad se han concretado los correspondientes derechos mediante esa liquidación que deja señaladas y concretas las respectivas cuotas proindiviso. Y como esta es la situación que se contempla en el caso estudiado, bien se capta la legalidad de la modalidad adoptada por el partidor en la adjudicación de los bienes relictos".

Respecto de la objeción atinente a los créditos, observa que con anuencia de los mandatarios judiciales de los interesados se incluyeron cuatro a favor de la sucesión por un valor de $ 675.00, y prosigue: "de manera que en tales condiciones no puede ahora aceptarse la objeción de haber

sido pagado uno o todos los créditos, porque en primer lugar, la manifestación del pago procede precisamente del obligado, y porque como argumenta el apelante, la validez de un pago debe hacerse al acreedor mismo o a la persona que la ley o el Juez autoricen a recibir o a la persona diputada por el acreedor para el cobro".

Los interesados desfavorecidos con el fallo del Tribunal interpusieron contra él el recurso de casación, de cuya decisión se ocupa la Corte.

Demanda de casación.

Cuatro censuras expone el recurrente en el libelo de casación: la primera y la tercera por errores de hecho en la estimación de pruebas, con violación indirecta de preceptos sustantivos, y la segunda y la cuarta, por violación directa de ley sustancial. Se estudian en el orden en que están propuestas.

I

El primer cargo lo propone por violación indirecta del artículo 1374 del Código Civil, proveniente del error evidente de hecho que cometió el Tribunal al dejar de apreciar el acta de avalúo de los bienes herenciales en lo relacionado con las partidas 1ª y 2ª del activo, y "porque también dejó de darles mérito a los planos que obran al folio 13 del cuaderno número 5".

En dichas partidas los peritos hicieron constar la óptima calidad de las tierras para la agricultura y las características topográficas. "Los planos demostraban al partidor y, por ende, al Tribunal que los dos terrenos son susceptibles de división material, ya tomándolos separadamente, o ya más patente este procedimiento, formando un solo globo de los dos para subdividirlo entre los asignatarios". El artículo 1374 invocado dispone que ninguno de los coasignatarios de cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión. El Tribunal infringió indirectamente este precepto, porque si hubiera tenido en cuenta los medios probatorios anotados, habría librado a los herederos de apellido Checa del estado de indivisión en lo que atañe a los dos globos de propiedad exclusiva de la sucesión.

Considerando:

El partidor indudablemente tuvo en cuenta el acta de inventario y avalúo de los bienes sucesorales, pues en los apartes de su trabajo que denomina "bienes propios inventariados y bienes en mancomún", hace una relación de ellos, de conformidad con lo que dicha acta contiene. En cuanto a las calidades de los terrenos por adjudicar, observa que lo hace "con base en las condiciones de los inmuebles en cuanto hace relación a su contextura topográfica, y mayor o menor posibilidad o facilidad de explotación económica".

Respecto de las observaciones que los avaluadores hicieron de las condiciones de las fincas, anota: "antes de entrar en la distribución de los bienes preciso es anotar u observar que por conocimiento personal y directo del suscrito, no todos los inmuebles son de la misma calidad, ya sea por su configuración topográfica, cuanto por las posibilidades de explotación económica, muy a pesar de que los señores peritos, no sé por qué influencia, anotan algunas características que no tienen en la realidad ni aptitudes que no se compadecen con su conformación.

"Tenemos el lote número 1, que es muy sinuoso, lleno de pedruscos y con partes quebradas, que no puede tener el mismo valor de los otros, que son planos y limpios. Lo mismo podemos decir del lote número 5, que apenas tiene una reducida porción aprovechable".

De los planos dice que a solicitud de los interesados para obtener la exacta extensión de los inmuebles, con autorización del Juzgado, contrató al doctor Carlos López Herrera, quien le entregó el trabajo casi un mes antes de presentar la partición. Luego, en el aparte que denomina "Valor de los bienes", se refiere a los lotes por los números con que los distinguen los planos. Y precisamente, por cuanto el marcado con el número 1 es el de mayor extensión y valor, hizo las adjudicaciones en común a cuatro herederos, hasta donde lo permitió el avalúo.

No parece que, por no haber dividido materialmente un fundo de 3 hectáreas 259 m^2 entre cuatro copartícipes, asignándoles una porción inferior a una hectárea, es decir, un minifundio de producción económica ínfima, no hubiera visto los planos; ni que por no haber agregado este fundo con el que lleva el número 2, para formar uno de 4 hectáreas 89 metros cuadrados, y dividirlo entre cinco herederos con una asignación también de menos de una hectárea, incurriendo en el mismo inconveniente, hubiera cometido el mismo supuesto error. Lo que ocurre es que el Tribunal apreció estos medios de juicio con un criterio diferente del que expone el recurrente, en lo cual no hay error de hecho.

De otra parte, la supuesta violación del artículo 1374 del Código Civil no tiene ninguna trascendencia en el acto partitivo, porque dicha norma solamente consagra la facultad que tiene todo partícipe de cosa universal o singular para pedir la partición del bien común, cuando no se ha pactado indivisión por el término de cinco años, o no se trata de cosas que no pueden divi-

dirse, como los lagos de dominio privado, las servidumbres, la propiedad fiduciaria, los bienes comunes en la propiedad de pisos o departamentos. Pero de que el comunero ejercite esta acción, no se sigue que, por no haberse dividido materialmente los bienes inmuebles de una sucesión, se haya violado el artículo en cita, ya que las normas que debe seguir el partidor en la distribución o división y adjudicación de los bienes son otras.

La tacha no prospera.

II

El segundo cargo lo enuncia así: "Violación directa de los artículos 1392 y ordinal 7º del artículo 1993 del Código Civil, por falta de una debida aplicación de esos preceptos que le imponían al partidor observar la igualdad en la adjudicación de las especies, al formar las hijuelas".

La infracción "de este precepto" la encuentra notoria en el hecho de que a los Narváez se les adjudicaron los derechos proindiviso en los globos de terreno marcados en los planos con los números 3, 4 y 5, "en forma de quedar como propietarios exclusivos de esos tres globos de tierra", en tanto que los Checa quedan en comunidad de los inmuebles 1 y 2. Y añade el impugnante: "semejante procedimiento es manifiestamente arbitrario, contrario a la semejanza e igualdad de las hijuelas. Además es notoriamente parcial en el sentido de que el partidor le atribuye a un grupo de asignatarios todas las ventajas, mientras que al otro lo coloca en situación completamente desmejorada.

Se considera:

Estando enfrentadas en el recurso de casación la sentencia y la ley sustancial, con el fin de enmendar el agravio que aquélla le haya infringido a la segunda por la violación directa, o la aplicación indebida o la interpretación errónea en que haya incurrido el sentenciador de segunda instancia, el recurrente ha de cuidarse, como lo preceptúa el artículo 531 del Código Judicial, de citar en su libelo los textos legales que estime infringidos, los cuales, como es de lógica jurídica, deben guardar relación con la materia del litigio. La Corte no puede llenar los descuidos en que incida el acusador, porque su proceder no es oficioso sino restringido a los límites de la demanda.

El artículo 1392 citado se refiere a que el partidor para realizar su trabajo debe tener en cuenta la tasación de los peritos, lo cual ha efectuado. De lo contrario, habría incurrido en un error de hecho, no en aplicación indebida de dicha norma.

Y el artículo 1993, ibídem, toca con la obligación que tiene el arrendador de pagar al arrendatario las reparaciones indispensables no locativas, materia que nada tiene qué ver con la igualdad de las hijuelas en la partición.

Se rechaza el cargo.

III

Formula la tercera impugnación por error evidente de hecho cometido por el sentenciador, no apreciando las declaraciones de Nicolás Villarreal, Estela Arroyo y Miguel Guevara, con las cuales, dice, está acreditada "la inexistencia de los créditos a cargo de esos mismos señores, sin embargo, de lo cual esos supuestos créditos fueron adjudicados, unos a Leonila Checa de Montalvo, otro a Víctor Manuel Checa y otro a Aurelio Checa".

Con este error tan evidente, el Tribunal violó indirectamente el artículo 1394, ordinal 7º del Código Civil, "que obliga al partidor a mantener una posible semejanza e igualdad en las adjudicaciones".

La Corte considera:

El Tribunal en relación con los créditos dijo: "en los inventarios se incluyeron con anuencia de los mandatarios judiciales de los interesados cuatro créditos por un valor de $ 675.00".

Basado en que dichos créditos se insertaron con consentimiento de todos los interesados, prosigue la sentencia: "de modo que en tales condiciones no puede ahora aceptarse la objeción de haber sido pagado uno o todos los créditos, porque en primer lugar, la manifestación del pago procede precisamente del obligado, y porque como argumenta el apelante, la validez de un pago debe hacerse al acreedor mismo o a la persona que la ley o el Juez autoricen a recibir, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro".

En el acta de inspección de bienes figuran los siguientes créditos a favor de la sucesión: uno a cargo de Nicolás Villarreal, por $ 100.00; otro a cargo de Miguel Guevara, por $ 250.00; otro a cargo de Ester Arroyo, por $ 100.00; otro a cargo de Francisco Luna, por $ 125.00, y otro a cargo de Julio Morán, por $ 100.00.

En la diligencia de inventario y avalúo aparece como denunciante de los bienes el heredero Víctor Manuel Checa.

El apoderado de los herederos Checa y Velasco Checa también suscribe el acta de denuncia

y avalúo de los bienes. Sobre estos créditos no se hizo reclamo alguno relacionado con su exclusión de los inventarios.

La objeción al respecto se concretó a que estos créditos habían sido pagados a la parte opositora, es decir, a los Narváez, cesionarios de Rogelia Montenegro, y a que lo que debía ser objeto de la partición eran los valores cobrados y retenidos por "la parte adversa".

El hecho que debía acreditarse era, por tanto, que los deudores habían pagado a Rogelia Montenegro o a sus cesionarios Delfín y Néstor Narváez, el monto de sus deudas.

De los declarantes citados por el recurrente Nicolás Villarreal, dice que le canceló a Néstor Narváez $ 100.00 que le debía, el cual le devolvió el documento que rompió el declarante; Ester Arroyo, no Stella Arroyo, depone que no sólo no ha sido deudora del causante Montenegro, sino que ni siquiera lo ha conocido; Julio Morán expone que, si bien acostumbraban prestarse con Nazario Montenegro "sumas pequeñas de dinero, él no le pagó suma alguna a los Narváez por este concepto, porque cuando aquél murió no le debía nada".

Miguel Guevara declaró en el incidente de objeciones a los inventarios sobre la venta de dos semovientes de propiedad de Rogelia Montenegro, no sobre crédito alguno.

De estos declarantes el único que habla del pago de su crédito a Néstor Narváez es Nicolás Villarreal, pero su dicho recibido como testimonio no tiene valor demostrativo al tenor del artículo 696 del Código Judicial. Ni tal manifestación como deudor, y dentro de un incidente de objeciones a la partición, puede demostrar el pago del crédito, según lo dice el fallador, con el pleno poder de apreciación que le confiere la ley, si se tratara de una confesión extrajudicial. (Art. 608 del C. J.).

Las exposiciones de Arroyo y Morán no se relacionan con la objeción, consistente en que los deudores pagaron sus créditos a Rogelia Montenegro, heredera, o sus cesionarios Narváez.

No se ve el error de hecho que haya cometido el Tribunal al no considerar plenamente demostrado el pago de los créditos a que se refiere la tacha.

IV

La cuarta acusación es del siguiente tenor: "Violación directa del artículo 1288 del Código Civil, por falta de aplicación.

"Indudablemente Rogelia Montenegro vendiendo los semovientes de que da cuenta la partición, sin autorización de los otros copartícipes cometió una falta equivalente a la sustracción de esos bienes, pues se los apropió como si fueran de ella. En esas circunstancias el Tribunal estaba obligado a desautorizar semejantes adjudicaciones hechas por el partidor, y como no lo hizo, infringió el precepto anotado por haberse abstenido de aplicarlos".

Considerandos:

La tercera objeción se propuso en razón de que a los Narváez se adjudicaron cuatro semovientes que dice el trabajo de partición fueron vendidos por Gregoria Montenegro, los cuales no pueden ser objeto de adjudicación porque "no existen en la mayor parte", sino el precio de las ventas.

Esta objeción fue rechazada por el Juzgado con base en que no se demostró si los bienes vendidos eran o no de la sucesión de Nazario Montenegro.

Los objetantes consintieron en esta decisión, ya que no apelaron del auto del Juzgado. Por lo mismo, aceptaron todo lo desfavorable de él, que fue lo referente a las objeciones primera, segunda y tercera, con la última de las cuales se relaciona el cargo que se considera.

El recurso de casación quedó así limitado a las objeciones cuarta y quinta, en cuanto la sentencia del Tribunal revocando la del Juzgado, las declaró no probadas con disfavor de los impugnantes en casación. El debate sobre las restantes objeciones quedó cerrado en primera instancia y fuera del recurso de casación, dado que el fallador de segunda instancia no se ocupó ni podía ocuparse de ellas.

La tacha es, por tanto, inconducente.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el seis de diciembre de mil novecientos sesenta, en el juicio sucesorio de Nazario Montenegro.

Las costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INCONSONANCIA. — INTERPRETACION ERRONEA DE LA DEMANDA EN RAZON DE HABERSE APOYADO EL FALLO EN HECHO NO ALEGADO

Cargos estos formulados contra fallo inhibitorio, por carencia del presupuesto procesal de demanda en forma.

1. El Tribunal llegó a la conclusión de que no concurre en el proceso el presupuesto procesal de demanda en forma, debido a que, en una palabra, no aparece de la demanda inicial el cuerpo cierto singularizado, cuya pertenencia reclama la parte actora. Esta la razón para que al proferir sentencia revocatoria de la de primer grado, se declarara inhibido para conocer del negocio.

Por incongruencia se impugna el fallo debido a que habiendo sido demandada la reivindicación del inmueble descrito en la parte petitoria del libelo, tal fue la pretensión deducida en el juicio por la parte actora, pretensión que, en relación con las lindes del terreno no fue controvertida por la contraparte, ni por terceros.

Se advierte que el cargo de inconsonancia carece de fundamento, ya que no concurre ninguna de las formas que integran esta causal de casación. El planteamiento del fallo no se dirige al fondo del negocio, de modo que mal puede tachársele de haber dejado de resolver sobre alguna de las pretensiones deducidas en la controversia.

2. Expresa el cargo que la sentencia incurre en "interpretación errónea de la demanda al basar su providencia en un hecho que no ha sido alegado, ni jurídicamente reclamado, con lo cual se ha llegado a consecuencias jurídicas contrarias a las requeridas y reguladas por la ley".

Si la errónea interpretación de la demanda se toma como un error de hecho sufrido en su apreciación, no se ve que el fallador haya dejado de estimar parte del libelo, o supuesto parte del mismo, de tal forma que la decisión quedase basada en tal equivocación.

Si se toma como error jurídico en la determinación del sentido legal de la demanda, o de las acciones en ella incoadas, tampoco se ve en este caso tal índole de yerro. El sentenciador no ha sufrido error alguno de esa naturaleza, ya que su labor se ha limitado a la revisión previa y elemental de la demanda desde el punto de vista de si la construcción procesal ha contado con los cuatro soportes esenciales a su desarrollo eficaz. No ha hallado uno de ellos, el de la demanda en forma, porque la cosa que se persigue no aparece con la necesaria precisión, debido a que los terrenos de ella, segregados por diversas enajenaciones, no están determinados por medio de sus linderos, ni la cosa misma, deducidas aquéllas, con la singularización cabal definitiva.

Así las cosas, la interpretación errónea del artículo 946 del Código Civil es improcedente, pues este juego de quebranto de orden legal no se da sino cuando la sentencia entra al fondo del negocio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintidós de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio ordinario de Isabel Martínez de Matiz y otros contra Eutimio Espitia Poveda.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, fechada el 9 de mayo de 1962.

Recurrente: ambas partes contendientes.

I

Antecedentes.

1. Demandan Isabel Martínez de Matiz, Clemente Montilla, Luis Montilla y Lisandro Peralta a Eutimio Espitia Poveda, para que se declare que pertenece en propiedad a los actores un fundo rural situado en la vereda de "El Chizo", Municipio de Pauna —Territorio Vásquez—, alindado así:

"Desde la confluencia de la quebrada Honda o Macanaleña, en el río Minero, tomando toda la quebrada arriba hasta su nacimiento; de aquí, en línea recta, a dar al alto de San Gil, lindando con tierras de Borbur, vuelve a la izquierda por toda la cordillera hasta dar al alto de La Chapa; de aquí baja en línea recta a dar al nacimiento de Chánares Grande, lindando con terrenos de Trujillos; ésta abajo hasta la desembocadura en el río Minero, y río abajo al primer lindero".

Para que se condene al demandado a restituír el inmueble a la parte actora, con excepción de las ventas de algunos terrenos realizadas por la demandada Isabel Martínez de Matiz, así como a pagarle a la misma parte el valor de los frutos de la finca, en relación con el tiempo posterior al 18 de diciembre de 1947 hasta el día de la entrega; que se declare que la parte demandante no está obligada a indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el artículo 965 del Código Civil, "porque el demandado es poseedor de mala fe", y se condene en las costas al demandado.

Subsidiariamente, pide que se hagan las declaraciones y condenas en favor, exclusivamente, de la actora Isabel Martínez de Matiz.

Invoca la demanda la compra que ésta hizo del inmueble descrito a Leopoldo Martínez Cortés, mediante escritura número 7615 de 17 de diciembre de 1947, de la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá, D. E., y la adquisición que hiciera Martínez Cortés, en la sucesión de Tránsito Graterol de Quiñonès, según decreto de posesión efectiva de la herencia allí pronunciado y debidamente inscrito en el Registro Público.

Advierte que del globo de terreno mencionado se excluyen dos porciones primeramente enajenadas por Leopoldo Martínez Cortés, de diez (10) y quince (15) fanegadas, respectivamente; y sendos lotes de terreno transferidos por la actora Isabel Martínez de Matiz a Gabriel Sánchez Castro, Francisco García Cortés, Marcos Ramírez Cortés, José Eustacio Ramírez, Mesías Ortiz Salinas, Florentino Albornoz Velandia, Urbano Molano Peña y otros.

Excluídos los lotes de terreno en referencia, la posesión del fundo la tiene el demandado Eutimio Espitia Poveda desde el año de 1948, quien se llama dueño de él, debido a que un antecesor de la demandada Isabel Martínez de Matiz, o sea Leopoldo Martínez, le dio en administración a Espitia Poveda el inmueble de que se trata.

2. El demandado se opuso a las pretensiones del libelo y promovió a la vez contrademanda, para pedir que se declare que es dueño del terreno en referencia, por haber comprado a María de Jesús Forero viuda de Forero y a sus hijos Fabio, Danilo, Alfonso, Pedro José y Carmen Isabel Forero los derechos hereditarios que les correspondían en la sucesión de su padre Matías Forero, derechos vinculados a varios bienes, entre ellos el fundo de "El Chizo". Matías Forero había adquirido los mismos derechos por remate público verificado en el Juzgado 2º Municipal de Chiquinquirá, en juicio contra Heliodoro García, quien adquirió esos derechos por compra a Leopoldo Martínez, según escritura número 591 de 19 de septiembre de 1919, de la Notaría Segunda del Circuito de Chiquinquirá.

3. El Juez del conocimiento —el 1º Civil del mismo Circuito— absolvió a las partes de los cargos formulados en sus respectivas demandas. Ambas recurrieron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Este despacho, al proferir sentencia revocatoria, se declaró inhibido para conocer del negocio, por falta de presupuesto procesal de demanda en forma. Demandantes y demandados recurrieron en casación, pero el último no presentó la demanda del recurso en el lapso de rigor, por lo cual fue declarado desierto, debiendo circunscribirse el presente fallo al de la parte actora.

II

La sentencia acusada.

4. Llega a la conclusión de que no concurre en el proceso el mencionado presupuesto de demanda en forma, debido a que habiéndose demandado la propiedad de una extensión territorial llamada "El Chizo", especificada tal como aparece en la demanda, esta misma dice que de tal extensión deben excluírse los numerosos lotes de terreno que cita el mismo libelo, sin que de éstos se exprese situación y linderos, ni aquélla se haya reducido exactamente al área efectiva, de modo que, en una palabra, no aparece de la demanda el cuerpo cierto singularizado, cuya pertenencia reclama la parte actora, motivo por el cual no hay en el caso presente el presupuesto de demanda en forma.

III

La acusación de la sentencia.

Primer cargo.

5. Por incongruencia se impugna el fallo debido a que habiendo sido demandada la reivindicación del inmueble descrito en la parte petitoria del libelo, tal fue la pretensión deducida en el juicio por la parte actora, pretensión que, en relación con los lindes del terreno no fue controvertida por la contraparte, ni por terceros.

Se advierte que el cargo de inconsonancia carece de fundamento, ya que no concurre ninguna de las formas que integran esta causal de casación. El planteamiento del fallo no se dirige al fondo del negocio, de modo que mal puede tachársele de haber dejado de resolver sobre alguna de las pretensiones deducidas en la controversia.

Segundo cargo.

6. Se dice en este cargo que la sentencia "es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea" del artículo 946 del Código Civil. Pero después se afirma que hay "una errónea interpretación de la prueba en relación con los linderos del inmueble cuya reivindicación se persigue"; y más adelante se agrega que el fallo incurre en "interpretación errónea de la demanda al basar su providencia en un hecho que no ha sido alegado, ni jurídicamente reclamado, con lo cual se ha llegado a consecuencias jurídicas contrarias a las requeridas y reguladas por la ley".

Se considera:

7. Si la errónea interpretación de la demanda se toma como un error de hecho sufrido en su apreciación, no se ve que el fallador haya dejado de estimar parte del libelo, o supuesto parte del mismo, de tal forma que la decisión quedase basada en tal equivocación.

Si se toma como error jurídico en la determinación del sentido legal de la demanda, o de las acciones en ella incoadas, tampoco se ve en este caso tal índole de yerro. El sentenciador no ha sufrido error alguno de esa naturaleza, ya que su labor se ha limitado a la revisión previa y elemental de la demanda desde el punto de vista de si la construcción procesal ha contado con los cuatro soportes esenciales a su desarrollo eficaz. No ha hallado uno de ellos, el de demanda en forma, porque la cosa que se persigue no aparece con la necesaria precisión, debido a que los terrenos de ella, segregados por diversas enajenaciones, no están determinados por medio de sus linderos, ni la cosa misma, deducidas aquéllas, con la singularización cabal definitiva.

Así las cosas, la interpretación errónea del artículo 946 del Código Civil es improcedente, pues este juego de quebranto de orden legal no se da sino cuando la sentencia entra al fondo del negocio.

Por lo cual debe mantenerse el fallo del recurso.

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 nueve (9) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario iniciado por Isabel Martínez de Matiz, Clemente Montilla, Luis Montilla y Lisandro Peralta contra Eutimio Espitia Poveda.

Sin costas por no haberse causado.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INCONGRUENCIA.—ERROR DE DERECHO EN LA ESTIMACION PROBATORIA DE LA CONFESION.—CAUSAL 1ª DE CASACION

Cargos formulados contra fallo proferido en juicio de pertenencia en que se echó de menos por el juzgador la legitimación en la causa del demandado.

1. La prescripción, objeto de la demanda, fue invocada como base de la acción de pertenencia en ella promovida, esto es, como acción. El fallo, al absolver, con apoyo en la ausencia que en su concepto hay de legitimación en la causa del demandado, decidió sobre dicha acción. Esto es, según el fallo, por falta de tal elemento, la acción de pertenencia no existe, de manera que indirectamente resolvió sobre la prescripción adquisitiva. De donde el cargo, por incongruencia, por no haber resuelto sobre la materia de la demanda, resulta improcedente.

2. Los errores de derecho, por haberse equivocado el sentenciador en la estimación de la prueba de la confesión, no inciden en el cargo sustancial de la sentencia, cual es la falta de personería sustantiva del demandado, porque para probar el carácter hallado de menos por el sentenciador no es eficaz este medio probatorio.

3. El haber declarado una excepción sin haber sido probada implica violación de la ley sobre pruebas, y en todo caso de la ley sustancial infringida como contragolpe de haber aceptado como probados unos hechos que no lo habían sido. Pero no basta citar el artículo 343 del Código Judicial para fundar la casación; es indispensable enjuiciar los preceptos legales sustantivos que hubieran sido violados a consecuencia de la declaración formulada sobre el medio exceptivo.

La demanda de casación, ajena fundamentalmente a la técnica del recurso, no comprende el aspecto que al fallador le sirvió para pronunciar sentencia absolutoria. Ese aspecto consiste, en concepto del fallo, en no haber sido probada en el juicio la calidad de cesionario de los derechos sucesorales en referencia, en el demandado, calidad que según la sentencia, es parte integrante de la acción incoada. El recurrente se limita a invocar la violación del artículo 343 del Código Judicial, alegando que el sentenciador dio por probada una excepción que no ha sido demostrada. Mas el recurso deja en pie el concepto de la decisión, según el cual se trata de ausencia de un elemento de la acción.

Esta es una tesis que, si en opinión del recurrente, carece de fundamento jurídico, ello ha de resultar de la violación de la ley sustantiva en cualquiera de las formas previstas en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Josefa Antonia Jiménez Páez contra Félix Antonio Arévalo Ortiz.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, fechada el 31 de Julio de 1962.

Recurrente: el demandante.

I

Antecedentes.

1. Pide la actora Josefa Antonia Jiménez Páez en libelo dirigido al Juez Civil del Circuito de Ocaña, que, con audiencia de Félix Antonio Arévalo Ortiz, se declare que ha adquirido por usucapión ordinaria o extraordinaria la propiedad de una "casa construída en paredes de tie-

rra apisonada, techo de madera y tejas, alindada así: "Por una parte colinda con casa y solar de Rita Sánchez Páez; por otra parte, con solar de propiedad de Crisólogo Alvarez, hoy de sus herederos o cesionarios; por otra parte colinda con casa y solar de la sucesión de Bárbara Sánchez, hoy de sus herederos; y frente, calle en medio, con casa y solar de Eusebio Claro Pérez". O por estos otros linderos con que aparece inventariada en los sucesorios de que se habla: "Norte, calle transversal de por medio, casa antes de Félix Vaca, hoy de Eusebio Claro; Sur, solar de los herederos del finado Gonzalo Torrado, y Occidente, calle de por medio, con casa que fue de Francisco Navarro, actualmente de los herederos del finado Teodoro Casadiegos";

Que, en consecuencia, se ordene la exclusión del expresado inmueble del inventario y de la partición de los bienes de la sucesión, de Justiniano Jiménez y Teodoberto de igual apellido, que cursa en el mismo Juzgado, a instancia del mismo demandado Arévalo Ortiz, invocando el carácter de cesionario de los derechos en dichas sucesiones, y

Que se decrete la suspensión de la partición en los mismos juicios mortuorios.

Como causa de la acción alega haber poseído el inmueble desde el año de 1920, en forma "quieta, pacífica, continua y pública", inmueble que, por otra parte, ha sido incluído en el inventario de los juicios de sucesión mencionados.

Al negar el demandado los hechos, se opuso a la acción y alegó las excepciones de "ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado y petición de modo indebido".

2. La sentencia del Juez declara probada la primera de tales defensas y absuelve, en consecuencia, a Arévalo Ortiz.

Apelado este fallo por la parte demandante, el Tribunal Superior de Pamplona lo confirmó pero por razones distintas a las expuestas en el de primera instancia. La sentencia del Tribunal de 31 de julio de 1962 fue recurrida en casación por la misma actora, y ello motiva el presente recurso.

II

La sentencia acusada.

3. Dice que son acumulables las acciones, de pertenencia la una, y de exclusión de un bien de los inventarios sucesorales, la otra; que las dichas acciones son acumulables porque, interpretando la demanda y el memorial de poder conferido por la actora para ejercitarlas, se palpa la intención de dirigirlas ambas contra Arévalo Ortiz *en su calidad de cesionario* de los derechos hereditarios en referencia.

En estas circunstancias advierte que quien promueva acción al cesionario de tales derechos "debe justificar ese carácter con las pruebas correspondientes, las que en el caso actual no fueron presentadas, faltando así uno de los elementos de la acción, la *legitimatio ad causam*, "atinente a la titularidad" de la misma, por lo cual y siendo así que el fallo de primera instancia *absolvió* al demandado, no obstante estimar que se trataba de un presupuesto procesal, resuelve confirmar la absolución.

III

La acusación de la sentencia.

Primer cargo.

Consiste en incongruencia, por no haber resuelto la decisión sobre la materia de la demanda.

Se considera:

4. La prescripción, objeto de la demanda, fue invocada como base de la acción de pertenencia en ella promovida, esto es, como acción. El fallo, al absolver, con apoyo en la razón de la ausencia que en su concepto hay de legitimación en la causa del demandado, decidió sobre dicha acción, así como también sobre la encaminada a la exclusión del inmueble del inventario hecho en los juicios mortuorios mencionados. Esto es, según el fallo, por falta de tal presupuesto o elemento, la acción de pertenencia no existe, de manera que indirectamente resolvió sobre la prescripción adquisitiva.

Segundo cargo.

5. Consiste: a) En haber apreciado erróneamente los testimonios de Lorenzo Vaca Pérez, Toribio Asanio, María Félix Ortega Pérez y Felipe Soto Peñaranda, con los cuales se prueba la posesión de la demandante, ejercida en el inmueble, durante más de treinta años, y con ello la usucapión cumplida y el dominio adquirido, en consecuencia. Ello con violación medio del artículo 697 del Código Judicial;

b) En haber incurrido en error de derecho, con infracción de los artículos 604, 605 y 606 del Código Judicial, en la estimación de la confesión del demandado, sobre el hecho de ser el propietario de la finca, de haberse abierto los juicios mortuorios y ser cesionario de los derechos hereditarios, y

c) En la infracción del artículo 343 del Código Judicial, por no haberse probado los hechos constitutivos de la excepción que declaró existente la sentencia.

A la vez acusa el fallo de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, pero no expresa cuáles son éstas, ni en qué consisten dichos errores simultáneamente concurrentes en autos.

Se considera:

6. A) En lo que atañe a los errores de derecho sufridos por el sentenciador en la apreciación de varios testimonios, sobre el hecho de la posesión, no indica el recurrente en qué consisten, y aun cuando alega también haber incurrido el sentenciador en errores de hecho en el examen de las mismas pruebas, tampoco aparecen manifiestos, como es de rigor.

Además, no es posible juzgar de los errores alegados —referentes a los testimonios aducidos por la actora— si a la vez no se examinan los correspondientes a los declarantes presentados por la parte demandada, para quienes la casa en referencia fue poseída, primeramente, por los cónyuges Justiniano Jiménez y Elisa Páez de Jiménez; luego por esta última, a partir del fallecimiento del primero, y de 1950 en adelante, debido a la muerte de la viuda Páez de Jiménez, acaecida en 1950, por la actora, a nombre de los sucesores de los cónyuges nombrados. Y aun cuando no hubiese sido así *sino a nombre* propio, la usucapión extraordinaria no se habría cumplido a la fecha del libelo inicial.

Probada que fuese la posesión requerida para usucapir, tampoco bastaría ello si, según la sentencia, no exhibe el demandado la legitimación sustantiva de su causa para responder en juicio.

B) Los errores de derecho, por haberse equivocado el sentenciador en la estimación de pruebas sobre confesión, no inciden tampoco en el cargo sustancial de la sentencia, cual es la falta de personería sustantiva del demandado, porque para probar el carácter hallado de menos por el sentenciador no es eficaz este medio probatorio.

C) Y el haber declarado una excepción sin haber sido probada, implica la violación de la ley sobre pruebas, si de errores de derecho se trata, y en todo caso de la ley sustancial infringida como contragolpe de haber aceptado como probados unos hechos que no lo habían sido. Pero no basta citar el artículo 343 del Código Judicial para fundar la casación; es indispensable enjuiciar los preceptos legales sustantivos que hubieran sido violados a consecuencia de la declaración formulada sobre el medio exceptivo.

La demanda de casación, ajena fundamentalmente a la técnica del recurso, no comprende el aspecto que al fallador le sirvió para pronunciar sentencia absolutoria. Ese aspecto, se repite, consiste, en concepto del fallo, en no haber sido probada en el juicio la calidad de cesionario de los derechos sucesorales en referencia, en el demandado, calidad que, según la sentencia, es parte integrante de la acción incoada. El recurrente se limita a alegar la violación del artículo 343 del Código Judicial, alegando que el sentenciador dio por probada una excepción que no ha sido demostrada. Mas el recurso deja en pie el concepto de la decisión, según el cual se trata de la ausencia de un elemento de la acción.

Esta es una tesis que, si en opinión del recurrente, carece de fundamento jurídico, ello ha de resultar de la violación de la ley sustantiva en cualquiera de las formas previstas en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Por lo cual no habrá de infirmarse la decisión recurrida.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha treinta y uno (31) de junio de mil novecientos sesenta y dos, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en el juicio ordinario seguido por Josefa Antonia Jiménez Páez contra Félix Antonio Arévalo Ortiz.

Sin costas por no haberse causado.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

COSTAS JUDICIALES

Sanción de no ser oído el litigante condenado a ellas mientras no pague su valor.—Alcance de la actuación posterior en que por inadvertencia se oye a la parte que no ha cancelado las costas. — Causal 7ª de casación. — A qué equivale.

1. La sanción de no oír al litigante reacio al reembolso de gastos que consagra el artículo 571 del Código Judicial, debe ser entendida en sentido estricto, esto es, que no puede recibir más alcance ni producir mayores consecuencias que los derivados de su propia naturaleza procesal. La parte colocada en esa situación no puede aprovechar los trámites del juicio, lo cual significa que en los sucesivo no se le pueden atender sus peticiones, ni ser admitida a ejecutar ningún acto procesal, como interponer recursos, formular oposiciones o alegatos, proponer incidentes, repreguntar testigos, etc. Ese apremio no sujeta al renuente a perder la litis, ni produce la suspensión del juicio ni de la jurisdicción del Juez, de tal modo que éste continúa actuando válidamente en el negocio. Y si por inadvertencia se llega a oír al mismo renuente, la actuación que por ella se realiza no queda afectada de nulidad, ni puede ser desconocida de hecho ni deja de producir los efectos procesales que le son inherentes. El olvido del Juez en aplicar la sanción no perjudica al renuente.

2. Sobre la causal séptima de casación ha dicho varias veces la Corte que ella equivale a una denegación de justicia y se deriva de un error in procedendo **o vicio de actividad por exceso o por defecto de poder, consistente en inhibirse el sentenciador de resolver sobre el fondo de un negocio por considerar de manera expresa y sin fundamento legal que carece de competencia para entender en él (casaciones de 4 y 21 de octubre de 1955, LXXXI, 2159, 377 y 477). Según esta doctrina, lo que da origen a esta causal séptima es la declaración expresa y sin base legal de faltar, no cualquiera de los presupuestos procesales, sino únicamente el de la competencia y la consiguiente inhibición del fallador de resolver lo sustancial de la litis.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos sesenta y tres.

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

Antecedentes.

A) Mediante hijuela que se expidió en la mortuoria del señor Ciro Cabal Pombo, y que se inscribió el 16 de septiembre de 1946, le fue adjudicado a la cónyuge sobreviviente, señora Matilde Cabal viuda de Cabal, un solar o lote de terreno constante de 1.023 varas cuadradas, ubicado en el área urbana de Bogotá, Barrio de La Merced, en la calle Diagonal 34, número 5-51.

B) Por la escritura número 1107, extendida en la Notaría Primera de Bogotá el 22 de marzo de 1945, la nombrada señora Matilde Cabal de Cabal compró a la sociedad urbanizadora "La Merced" un solar o lote de terreno constante de 223 varas cuadradas con 33 centímetros, ubicado en el perímetro urbano de Bogotá, Barrio de La Merced, lote que colinda con el fondo o lado sur del solar que a la misma señora Cabal se le adjudicó más tarde en la sucesión de su marido, Ciro Cabal. En este instrumento se hizo constar que el lote tenía una servidumbre a favor del Municipio de Bogotá, servidumbre que la compradora aceptaba.

C) Por la escritura número 1855, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá el 25 de junio de 1936, la sociedad urbanizadora "La Merced" donó al Municipio de Bogotá varias zonas de terreno en la urbanización del Barrio La Merced, y constituyó a favor del mismo Municipio

una servidumbre de alcantarilla y el derecho de inspeccionarla sobre una faja de terreno integrada por varios solares.

D) En el mes de noviembre de 1945 la señora Matilde Cabal contrató con la sociedad de "Trujillo Gómez y Martínez Cárdenas Limitada" la construcción de una casa de habitación de dos pisos sobre los dos solares contiguos que se han mencionado.

E) Por la escritura número 932, pasada ante el Notario Tercero de Bogotá el 27 de marzo de 1956, el señor Oscar Cabal Cabal, obrando como apoderado general de la señora Matilde Cabal viuda de Cabal, dio en venta a la señora Alicia Iregui de Uribe "el derecho de dominio y la posesión que su mandante tiene en una casa de habitación y el solar sobre el cual está construída, ubicada en la ciudad de Bogotá, D. E., distinguida con los números cinco cuarenta y cinco (5-45), cinco cuarenta y nueve (5-49) y cinco cincuenta y uno (5-51) de la Diagonal treinta y cuatro (34), y comprendida por los siguientes linderos: 'Norte, en quince metros con cincuenta centímetros (15-50 mt.) con la Diagonal treinta y cuatro (34) de la urbanización; Oriente, en treinta y nueve metros con noventa centímetros (39-90 mts.) con el lote número setenta (70), de Paulina Isaza y Luz Isaza de Cano; Sur, con zona del alcantarillado de la sociedad de La Merced, Urbanización Residencial S. A.; Occidente, en treinta metros con cincuenta centímetros (30-50 mts.) con lote número setenta y dos (72), de Isabel Pardo de Delgado' ". En este instrumento se hizo constar además que la vendedora hubo el inmueble así: el solar, por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de su marido, señor Ciro Cabal, y la casa de habitación por haberla construído a sus expensas; que el precio de la venta era de $ 270.000.00, precio que la compradora pagaría así: $ 100.000.00 de contado, y el resto en dos cuotas pagaderas el 15 de enero y el 30 de junio de 1957, con garantía hipotecaria sobre el mismo inmueble; que éste no había sido enajenado a otra persona, que estaba libre de hipotecas, de condiciones resolutorias, de demandas y embargos civiles, y que en la misma fecha la vendedora "ha hecho entrega real y material del inmueble vendido a la compradora".

F) El mismo día en que se extendió la citada escritura número 932, los señores Oscar Cabal Cabal y Antonio José Uribe Portocarrero suscribieron un documento privado en que consta que la venta consignada en el instrumento aludido comprendía unas lámparas, unas cortinas y otros objetos-muebles existentes en la casa vendida a la señora Iregui de Uribe.

El litigio.

El 15 de enero de 1957 la señora Alicia Iregui de Uribe, obrando por ministerio de apoderado, demandó ante el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá a la señora Matilde Cabal viuda de Cabal y al señor Rafael Núñez para que, en sentencia proferida por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que el contrato de venta contenido en la escritura pública número 932 de 27 de marzo de 1956, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, y mediante el cual la señora Matilde Cabal viuda de Cabal vendió a la señora Alicia Iregui de Uribe la casa distinguida con los números 5-45/51 de la Diagonal 34 de esta ciudad, y de la que le hizo entrega real a la compradora el día 28 de mayo siguiente, comprende una superficie o área de terreno de 1.256-33 varas cuadradas, encerradas por su costado sur con paredes de ladrillo que lo separan de propiedades del Gobierno Nacional.

"Segunda. Que la anterior superficie de terreno sobre la cual se levanta la casa materia de la venta, comprende o invade por su costado sur la zona sobre la cual se halla el colector de desagües, que constituye hoy una servidumbre a favor del Municipio de Bogotá, y que la vendedora declaró ser el límite o lindero del inmueble por dicho costado.

"Tercera. Que la servidumbre de alcantarillado o colector que grava o limita el dominio del inmueble enajenado a mi poderdante a favor de propiedades del Municipio de Bogotá, y de cuya existencia no sólo no le dio la vendedora noticia alguna, sino que, antes bien, la ocultó, presentándola como límite sur de la casa que le vendía, constituye un vicio redhibitorio.

"Cuarta. Que, en consecuencia, la demandada, señora viuda de Cabal, está obligada a rebajar a mi mandante la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) del precio de doscientos setenta mil ($ 270.000.00) acordado para la venta, y en que, proporcionalmente, estima ella el demérito que tiene la finca por razón del vicio antes mencionado; o, en subsidio, la suma que pericialmente se fije en el curso del juicio o dentro del incidente de ejecución de la sentencia.

"Quinta. Que la señora viuda de Cabal, como vendedora, y don Rafael Núñez, como agente intermediario para la venta, están obligados, solidariamente, a indemnizar a mi mandante los per-

juicios que le han causado con la ocultación del vicio a que he hecho referencia, y sin el cual la compra no se hubiera realizado, o lo hubiera sido por un precio muy inferior.

"Sexta. Que la señora viuda de Cabal está asimismo obligada a pagarle a mi mandante el valor de los perjuicios que ha recibido y sigue recibiendo por la no entrega de los títulos (escritura y certificado de propiedad y libertad en 30 años) respectivos, inclusive la escritura de adquisición (número 932, de 27 de marzo de 1956, de la Notaría Tercera de Bogotá) que su apoderado recibió en copia para el registro, y le fue posteriormente devuelta; así como también los que corresponden a los sufridos por el retardo en la entrega de la casa materia del contrato".

Fuera de los hechos narrados como antecedentes, la demanda expone otros que pueden resumirse así:

1. La edificación construída por la señora Cabal sobre los dos solares mencionados ocupa parte de la faja de terreno por donde pasa la alcantarilla que forma la servidumbre municipal.

2. Cuando se levantaba esa construcción las autoridades municipales la suspendieron por invadir la zona expresada, pero luego la casa resultó ejecutada conforme a los planos primitivos.

3. El señor Rafael Núñez, como comisionista de la propietaria, gestionó la venta de la casa con la señora Iregui de Uribe y con su marido, doctor Antonio José Uribe Portocarrero, hasta culminar con la celebración del contrato que se consignó en la escritura número 932 de 27 de marzo de 1956.

4. A la compradora y a su marido sólo se les dio a conocer como título de propiedad de la vendedora la hijuela en que se adjudicó a ésta en la sucesión de su marido Ciro Cabal el solar de la calle Diagonal 34.

5. Al celebrarse la compraventa mediante la escritura número 932, "la vendedora declaró como lindero sur del inmueble 'la zona del alcantarillado de la sociedad de La Merced, Urbanización Residencial', que corresponde al lote de la adjudicación, en vez de la 'propiedad del Gobierno Nacional' que demarcaba el de la zona del alcantarillado, y que encierra por dicho costado el conjunto formado por los dos lotes sobre que se había levantado la casa enajenada".

6. "La existencia de la servidumbre a que vengo refiriéndome sólo vino a revelársele a mi poderdante cuando, muchos días después de firmarse la escritura de venta, se le comunicó que su casa resultaba con una cabida mayor en 233.33 varas cuadradas de la que arrojaban los linderos de la escritura, y que la vendedora estaba dispuesta a adicionársela gratuitamente, siempre que mi mandante renunciara expresamente a toda acción por razón del vicio de la servidumbre que entonces se le comunicaba; en tal sentido los representantes de la señora viuda de Cabal ordenaron en la Notaría la correspondiente aclaración, que desde luego no pudo firmarse".

7. "La existencia de esta servidumbre afecta de tal manera el valor del inmueble, que de haberse conocido por mi poderdante, o no lo hubiera comprado, o lo hubiera hecho por un precio muy inferior al que se acordó".

8. "La ocultación del vicio de que adolece el inmueble, tanto por parte de la vendedora como de su intermediario o comisionista, señor Núñez, que debía al menos conocerlo, ha ocasionado a mi mandante gravísimos perjuicios, no sólo por el mayor precio que hubo de pagar, sino por la expectativa en que se halla frente a las consiguientes acciones de que puede hacer uso el Municipio, y el demérito que determina su descubrimiento para una posterior enajenación".

9. Por razón de esos perjuicios los demandados están obligados a pagar solidariamente a la actora la suma de $ 50.000,00, en que ésta aprecia el valor del resarcimiento.

10. La entrega de la casa no se hizo en la fecha del contrato, sino con retardo de dos meses, como aparece del acta que se extendió con la presencia de un funcionario público.

11. Este retardo en la entrega perjudicó a la demandante, no sólo en el monto del arrendamiento del inmueble, sino también en el que la propia actora debió pagar durante el mismo tiempo por la casa que ocupaba.

12. La vendedora, señora Cabal, se obligó a entregar a la compradora, tan pronto como se firmara la escritura, los títulos saneados del inmueble, pero hasta ahora se ha abstenido de cumplir esa obligación.

13. El incumplimiento de esta obligación ha colocado a la demandante en la imposibilidad de preparar el pago del resto del precio del inmueble y le ha ocasionado los perjuicios consiguientes a los cobros a que ha de verse avocada y al descrédito comercial que ha de sobrevenirles a ella y a su esposo como garante de las obligaciones de pago.

14. La demandada debe pagar también los perjuicios derivados de tal incumplimiento.

El señor Rafael Núñez contestó la demanda diciendo que se oponía a las declaraciones solicitadas en ella, y que, en relación con los hechos

expuestos en la misma, su labor se había limitado, a instancias del doctor Uribe Portocarrero, marido de la actora, a poner a éste en contacto con los representantes de la señora Cabal, razón por la cual no tenía por qué hacer investigaciones acerca de la legitimidad del derecho de propiedad sobre el inmueble vendido.

La señora Cabal viuda de Cabal dio también respuesta a la demanda por medio de apoderado, quien se opuso a las pretensiones de la actora, aceptó unos hechos, negó otros, y dijo especialmente: que durante la construcción de la casa se presentó la suspensión de una parte mínima de la edificación por ocupar una reducida porción de la zona de la alcantarilla, pero que esa suspensión se solucionó mediante la modificación de los planos, aceptada por la Secretaría de Obras Públicas Municipales; que esa edificación sólo cubre una pequeña parte de la zona de la alcantarilla que pasa por el lote de 233.33 varas cuadradas; que en el precio del inmueble quedaron comprendidos varios objetos-muebles, según documento que suscribió el marido de la demandante el mismo día en que se celebró el contrato; que por la escritura número 932 de 27 de marzo de 1956, sólo se vendió concretamente el terreno que comprende el área de 1.025 varas cuadradas y la edificación construída sobre él y sobre una exigua porción del solar de 233.33 varas cuadradas, pero que, como la intención de la señora Cabal y de la compradora "fue la de incluír en el contrato también el área de este último lote, que sólo por omisión involuntaria se dejó de mencionar en la escritura", tan pronto como la misma señora Cabal se dio cuenta de tal omisión, lo que sucedió en el mes de abril siguiente a la negociación, "hizo personalmente todas las gestiones, inclusive la de entregarle al esposo de la demandante, doctor Antonio José Uribe Portocarrero, la póliza adicional para transferirle, por el mismo precio de $ 270.000.00 moneda corriente, estipulado en la escritura 932, el pequeño lote o solar de 233.33 varas cuadradas"; que es falso, de toda falsedad, como se afirma por la actora, que en esa minuta "se hubiera establecido para la compradora la condición de que renunciara expresamente a toda acción por razón del vicio de la servidumbre"; que la compradora se negó a firmar la escritura adicional; que la vendedora cumplió el deber de hacer registrar oportunamente la escritura de venta, y que no es cierto que se negara a entregar la primera copia de ese instrumento, y que el alegado incumplimiento en la entrega de esa escritura no es sino un pretexto de la compradora para no pagar el saldo del precio del inmueble.

La primera instancia del juicio concluyó con la sentencia de 11 de febrero de 1958, en la cual se absolvió al demandado Rafael Núñez, se condenó a la señora Matilde Cabal a pagar los perjuicios derivados de la no entrega oportuna del inmueble y las costas del juicio, y se denegaron las demás súplicas de la demanda.

La sentencia acusada.

Los mandatarios de la actora y de la demandada Cabal apelaron del fallo de primer grado, y por razón de ese recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de 18 de agosto de 1960, en la cual se resolvió:

"*Primero.* Declárense no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada;

"*Segundo.* Declárase que el contrato de venta contenido en la escritura pública número 932 de 27 de marzo de 1956, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, y mediante la cual la señora Matilde Cabal viuda de Cabal vendió a la señora Alicia Iregui de Uribe la casa distinguida con los números 5-45/51 de la Diagonal 34 de esta ciudad, y de la que le hizo entrega real a la compradora el día 28 de mayo siguiente, comprende una superficie o área de terreno de 1.256.33 varas cuadradas, encerradas por su costado sur con paredes de ladrillo que lo separan de propiedades del Gobierno Nacional;

"*Tercero.* Declárase que la superficie de terreno a que se refiere el punto anterior, y sobre la cual se levanta la casa materia de la venta, comprende o invade, por su costado sur, la zona sobre la cual se halla el colector de desagües que constituye hoy una servidumbre a favor del Municipio de Bogotá, y que la vendedora, señora Matilde Cabal viuda de Cabal, declaró ser el límite o lindero del inmueble por dicho costado;

"*Cuarto.* Declárase que la servidumbre o colector que grava o limita el dominio del inmueble enajenado a la demandante, señora Alicia Iregui de Uribe, a favor de propiedades del Municipio de Bogotá, y de cuya existencia no sólo no le dio la vendedora, señora Matilde Cabal viuda de Cabal, noticia alguna, sino que, antes bien, la ocultó, presentándola como límite sur de la casa que le vendía, constituye un vicio redhibitorio;

"*Quinto.* Declárase que, en consecuencia, la demandada, señora Matilde Cabal v. de Cabal, está obligada a rebajar a la actora, señora Alicia Iregui de Uribe, la suma de dinero que en el incidente propio del cumplimiento de este fallo

(art. 553, C. J.) se regule como monto del demérito que tiene la finca por razón del vicio redhibitorio mencionado, rebaja que se hará del precio de doscientos setenta mil pesos ($ 270.000) acordado para la venta. Para la determinación de la cuantía del aludido demérito se tendrán en cuenta las pruebas aportadas a este juicio, relativas a la existencia del vicio redhibitorio, y, en especial, los fundamentos expuestos por los peritos, doctores Robayo y Bernal Méndez, en el dictamen pericial de que se deja hecho mérito, respecto del deprecio del inmueble por razón del vicio;

"*Sexto.* Declárase que la actora, señora Iregui de Uribe, no está obligada en el futuro ni lo estaba en el pretérito a pagar intereses sobre la totalidad de los saldos del precio debido, sino solamente sobre la parte del mismo que no estuviere sujeta a la reducción, de conformidad con la condena anterior. En consecuencia, tiene derecho a que se le repita lo pagado en exceso por tal concepto o a que se le compense. No se accede a condenar por los demás perjuicios de que trata la súplica quinta, y por lo mismo se absuelve de ellos a la demandada;

"*Séptimo.* Confírmase el numeral primero resolutivo de la sentencia apelada de fecha once de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, proferida en el presente asunto por el señor Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá;

"*Octavo.* Deniégase la primera parte de la súplica sexta del libelo. Por consiguiente, se absuelve a la demandada, señora Cabal viuda de Cabal, de los cargos que allí se le formulan;

"*Noveno.* No es el caso de resolver la apelación interpuesta por la parte demandada contra el fallo recurrido, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, quedan en firme, por intocables para el Tribunal, los puntos tercero y cuarto de la parte resolutiva del fallo recurrido;

"*Décimo.* En los términos anteriores queda reformada, revocada y confirmada la sentencia apelada;

"*Undécimo.* No es el caso de condenar en costas por razón del recurso".

La motivación de este fallo ofrece varias consideraciones, que en resumen conviene recordar.

Acerca de la apelación interpuesta por la demandada Cabal contra la decisión de primer grado, anota la sentencia que esta señora solicitó la práctica de una inspección ocular para reconocer y avaluar los muebles que entraron en la venta, que la parte actora cubrió el valor de los honorarios del perito designado por ella, y pidió y obtuvo que se requiriese a la demandada para que reembolsara ese valor, pero que esta parte no ejecutó el reembolso. Luego añade la misma sentencia: "Ahora bien, como de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 571, la parte que debe hacer el reembolso no puede ser oída mientras no lo efectúe, y esto no se había cumplido cuando se interpuso la apelación, es manifiesto que el recurso no podía concederse, y en tal evento el Tribunal no tiene jurisdicción para conocer de ella; de donde se sigue que el fallo es intocable en la parte que perjudica a la parte demandada. El Tribunal está de acuerdo, por consiguiente, con la observación que al respecto hizo el señor apoderado de la parte actora en esta segunda instancia".

La sentencia observa que en este juicio aparecen establecidos los presupuestos procesales, y respecto de la acción incoada dice que los artículos 1914 y 1917 del Código Civil confieren al comprador dos acciones en el caso de vicios ocultos: la redhibitoria cuando el vicio tiene la importancia que señala el artículo 1915 ibídem, y la estimatoria o *quanti minoris* cuando dicho vicio no ofrece esa característica.

Se refiere en seguida a la situación del demandado Rafael Núñez para expresar que éste intervino en la negociación, no como vendedor, sino como comisionista, a instancia del marido de la actora, y que en esas circunstancias no es responsable del vicio oculto denunciado.

Entrando en el análisis de la situación jurídica de la demandada y tratando en concreto de la primera súplica de la demanda, el fallo transcribe varios pasos de los conceptos rendidos por los peritos que examinaron el inmueble vendido y expresa sobre este particular: "Demostrado como queda visto que la edificación se levanta sobre el área que comprende los dos lotes, o sea el número 71 y el marcado con la letra B, con un área el primero de 1.023 varas y el segundo con 233.33, es perfectamente lógico deducir que la venta contenida en la escritura de 27 de marzo de 1956, de la Notaría Tercera de esta ciudad, comprende un área de 1.256.33 varas cuadradas, encerradas por su costado sur con paredes de ladrillo que separan las propiedades del Gobierno Nacional, ya que sería absurdo siquiera suponer que la vendedora transfería toda la edificación y se reservaba parte del suelo donde se halla levantada, como lo sería pensar que la compradora aceptara semejante situación". Apunta que esta conclusión aparece también confirmada con estas otras pruebas:

a) Con la cláusula segunda de la escritura número 932, en que la vendedora transfiere a la

señora Iregui la casa y "el solar sobre el cual está construída";

b) Con la manifestación hecha por el personero de la demandada al contestar la demanda, consistente en que la intención de las partes contratantes fue la de incluír en la venta el solar o lote de 233.33 varas cuadradas;

c) Con la confesión que hizo la propia demandada en las posiciones que absolvió dentro del juicio de venta que ésta propuso contra la demandante;

d) Con el proyecto de venta del lote expresado que la señora Cabal fue a hacerle a la demandante;

e) Con la diligencia de entrega del inmueble, en la cual la vendedora no hizo reserva alguna sobre los solares.

Sobre la segunda súplica del libelo afirma la sentencia que en el proceso figura un conjunto de pruebas que acreditan los hechos en que se funda y que, por tanto, se la debe despachar favorablemente.

En relación con la súplica tercera el fallo pone de presente las condiciones que, conforme a los artículos 1914 y 1915 del Código Civil, deben ofrecer los vicios ocultos para ser tales, y recuerda que en casación de cinco de julio de 1899 la Corte expresó que lo que la ley entiende por esos vicios son aquellos defectos de las cosas que no pueden descubrirse con el sentido de la vista aplicado con alguna detención (XIV, 713, 282). Alude a las pruebas relativas a la existencia de la servidumbre de alcantarilla y dice que ésta se constituyó a favor del Municipio de Bogotá por la escritura número 1855, de 25 de junio de 1936; que la señora Cabal se dio por conocedora de ese servicio y lo aceptó al comprar el terreno por la escritura número 1107 de 22 de mayo de 1945; que la servidumbre se encuentra en pleno funcionamiento; que el lote por donde ella pasa forma un todo con el que la misma señora Cabal adquirió en la mortuoria de su marido y que vendió a la señora Iregui de Uribe; que en la escritura de venta se dijo que el solar lindaba por el sur con la zona del alcantarillado de la sociedad urbanizadora "La Merced", cuando en realidad colinda con propiedades del Gobierno Nacional, y que fue con posterioridad a la venta cuando se hizo saber a la señora Iregui que el inmueble vendido tenía, además del indicado en la escritura número 932, otro título de adquisición y una servidumbre de alcantarilla, consistente el primero en la escritura número 1107. En seguida agrega: "las pruebas enumeradas demuestran de modo irrefragable, fuera de la existencia del gravamen al tiempo de la venta, los siguientes hechos: 1º Que la vendedora lo conocía antes del contrato; 2º Que no se lo manifestó a la compradora sino con posterioridad al mismo; 3º Que en los títulos suministrados por la vendedora a la compradora no hay constancia de la existencia de la servidumbre y que, dada la naturaleza de la misma, aplicando con algún detenimiento el sentido de la vista, no podría descubrirse fácilmente la alcantarilla oculta en el terreno.

"Se concluye de todo lo expuesto que, para el caso que se estudia, la servidumbre tiene la característica de vicio oculto".

La sentencia alude en seguida a las molestias y al demérito que la servidumbre le causa a la propiedad vendida, y expresa que estos factores aparecen comprobados con la inspección ocular practicada por el Juez Décimo Civil del Circuito, con el certificado de la Oficina del Plan Regulador y con el dictamen de los peritos. El certificado aludido dice que en el lote atravesado por la alcantarrilla existe un pozo de registro, y que los empleados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado tienen derecho de inspeccionar ese pozo para verificar el funcionamiento normal del colector. Se transcriben apartes de los conceptos periciales rendidos por los doctores Manuel J. Robayo y Nepomuceno Bernal Méndez, y se dice luego en el mismo fallo: "El anterior dictamen, que no fue objetado, constituye plena prueba, en concepto del Tribunal, porque, fundándose en hechos comprobados directamente por los sentidos, como son la existencia de la servidumbre, sus dimensiones y los derechos que sobre ella tiene el Municipio, llega a una conclusión perfectamente razonable de que el gravamen demerita la cosa vendida en términos que, de haberlo conocido la señora demandante, no la habría comprado o la habría adquirido por un precio menor. Por estas consideraciones el Tribunal no comparte el concepto del otro perito principal que se pronuncia en sentido contrario a la realidad de las cosas y el sentido común".

De todas las consideraciones relativas a la misma súplica tercera la sentencia infiere esta conclusión: "En autos se halla demostrada la existencia del vicio al tiempo de la venta; el hecho de ser oculto por no habérsele manifestado a la compradora, ni haberlo podido ésta descubrir sin culpa suya; el demérito del valor de la cosa en forma tal que, de haberlo conocido la compradora, hubiera desistido del negocio o lo hubiera celebrado por un precio menor. Todo lo cual significa que se hallan acreditados los requisitos que acreditan que la servidumbre de alcantarillado a favor del Municipio de Bogotá existente en la casa vendida por la señora viuda

de Cabal a la señora Iregui de Uribe constituye un vicio redhibitorio. Por consiguiente, la súplica debe despacharse favorablemente".

Respecto de la cuarta petición de la demanda, tocante con la obligación de la demandada de rebajar a la actora la suma de $ 50.000.00 del precio de compra del inmueble por motivo del vicio oculto de la servidumbre, la sentencia dice en síntesis que no existe prueba demostrativa de que el demérito de dicho inmueble tenga ese valor, pero que, como sí aparece establecido en abstracto ese demérito, la condena debe hacerse *in genere* para que en la ejecución del mismo fallo se determine tal valor mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

En cuanto al quinto pedimento del libelo sobre pago del valor de los perjuicios causados por la demandada a la actora a consecuencia de la ocultación de la servidumbre, observa la sentencia que no se comprobaron esos perjuicios, pero que, como procede la reducción del precio de compra, es obvio que por el monto de esa reducción no debe pagar intereses la señora Iregui, quien tiene además derecho a que se le restituyan o compensen los intereses ya cubiertos sobre ese valor.

Sobre la súplica sexta, relativa al resarcimiento de perjuicios por la no entrega de los títulos y por el retardo en la entrega material del inmueble, afirma la sentencia que no hay prueba de los daños ocasionados por el primer concepto y que en relación con los perjuicios derivados del retardo aludido sucede que la petición fue resuelta en forma favorable en el fallo de primer grado, que en esta parte es intocable.

Se sostiene finalmente que las excepciones propuestas por la demandada carecen de fundamento, y que por ello se las debe declarar no probadas.

La impugnación.

La parte demandada recurrió en casación y ha formulado varios cargos contra el fallo de segunda instancia, con la réplica de la parte opositora. La Corte se contraerá a exponer y examinar el primero de esos cargos por considerarlo viable y suficiente para infirmar la sentencia recurrida.

Primer cargo. Aparece formulado así: "Por una equivocada interpretación el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 571 del Código Judicial al caso del pleito, llevándose de calle la defensa del demandado en lo atinente a la entrega oportuna de la finca vendida, plenamente probada con la declaración de la vendedora en la escritura de venta, que tiene el valor que le asigna el artículo 1759 del Código Civil, disposición ésta que también violó el Tribunal, por falta de aplicación".

En desarrollo de este motivo el impugnante recuerda que el fallo de primera instancia condenó a la parte demandada a pagar los perjuicios provenientes de la no entrega oportuna del inmueble vendido, que la misma parte se alzó contra esa decisión, que el recurso le fue concedido simultáneamente con el interpuesto por la actora; que llegado el negocio al Tribunal y surtida la tramitación de segundo grado, se dictó la sentencia acusada, en la cual se declaró que dicho Tribunal carecía de jurisdicción para conocer de la apelación interpuesta por la demanda, debido a que, no pudiendo ser ésta oída, ese recurso tampoco podía ser otorgado.

A propósito de esta decisión dice el recurrente: "sostengo que el Tribunal aplicó mecánicamente el artículo 571, sin fijarse cómo se había desarrollado la actuación, ni medir el verdadero alcance de este precepto ya determinado varias veces por la Corte.

"En cuanto al desarrollo de la actuación el Tribunal no paró mientes en que con posterioridad al auto de 13 de noviembre de 1957, de requerimiento a la parte demandada para que hiciera el reembolso solicitado por el apoderado de la demandante, el Juzgado continuó oyendo a la parte demandada, pues con fecha 11 de febrero del año siguiente, 1958, profirió el fallo de instancia, del que le concedió apelación en auto de diez de abril siguiente. Por causa de tal apelación el propio Tribunal también continuó oyendo a la parte demandada, puesto que después de haber fijado el negocio en lista ordenó correrlo en traslado a las dos partes, según el auto respectivo del 9 de mayo, y luego recibió el alegato del doctor Moncayo y autorizó la celebración de la audiencia, sin que advirtiera que de todo ello quedaba excluída la parte demandada.

"Fue tan sólo al dictar la sentencia que, olvidando todos estos antecedentes procesales, ocurriósele al Tribunal la fácil salida de sorprender a la parte demandada con el extraño, aunque inhábil pretexto de que, por no haberse hecho el reembolso, estaba privado de jurisdicción para conocer de su apelación. ¿De dónde saca el fallador ese nuevo fenómeno de la carencia de jurisdicción por la falta de reembolso? Si ello era así no ha debido entonces pronunciar el fallo de fondo; y antes de hacerlo, el artículo 455 del Código Judicial lo obligaba a denunciar esa nulidad. Mas seguramente no lo hizo porque comprendió el absurdo que entrañaba declarar una nulidad que no está prevista en el procedimien-

to, a no ser que se la pretenda encuadrar dentro del numeral primero del artículo 448, incompetencia de jurisdicción. Y para esquivar incurrir en ese absurdo, en lugar de tomar el camino recto de fallar la apelación, incurrió en otro más grave aún, que lo condujo al mismo resultado arbitrario de declarar una nulidad procesal por incompetencia de jurisdicción, pero en la sentencia. A semejante confusión de ideas fue llevada la Sala falladora por prohijar a la ligera, sin ninguna reflexión, la observación que le formuló el apoderado de la parte actora en el resumen de sus alegaciones orales de la audiencia, sobre la cuestión del reembolso, sin advertir el despropósito jurídico que envuelve tal observación".

Con cita de algunas jurisprudencias y de conceptos doctrinales, la parte recurrente sostiene en general que los artículos 351, 562 y 571 del Código Judicial consagran sanciones idénticas y que, en consecuencia, sus efectos deben ser también similares.

La Corte considera:

La parte demandada solicitó en primera instancia la práctica de una inspección ocular con peritos. Recibidas estas pruebas, se les fijaron sus honorarios a los expertos, y la parte citada cubrió los emolumentos del perito designado por ella. De otro lado, la demandante pagó también los honorarios del perito que ella había nombrado y pidió en seguida que se requiriera a la demandada para que le reembolsara lo abonado a este perito. El Juez accedió a esta solicitud y decretó el requerimiento con la advertencia de que la demandada no sería oída en el juicio mientras no efectuara el reembolso.

Posteriormente se dictó la sentencia de primer grado, contra la cual se concedió a la misma demandada el recurso de apelación. Pasado el negocio al Tribunal y surtida la segunda instancia, profirió aquél el fallo ya reseñado, en el cual se expresa que, como la parte demandada no había hecho el reembolso ordenado cuando apeló de la sentencia de primer grado, ese recurso no le podía ser concedido, y que de consiguiente dicho Tribunal no adquirió jurisdicción para revisar la decisión apelada en cuanto perjudicaba a la propia demandada.

Dispone el artículo 571 del Código Judicial que "si una parte abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, se anota así en el expediente para que aquélla pueda pedir inmediatamente su reembolso de quien corresponda, y, mientras tanto, ésta no será oída en el juicio".

La inteligencia y las aplicaciones que se le han dado a este precepto, han sido motivo de varios estudios de la Corte, algunos de los cuales conviene recordar a propósito de este negocio. En casación de 16 de octubre de 1943 se contempló el caso de que el sentenciador de segundo grado declaró ejecutoriado el fallo de primera instancia porque la parte apelante no había reembolsado el valor de unos honorarios de peritos a la parte opositora (LVI, 2001-2005, 199). En esa ocasión la Corte, advirtiendo que el transcrito artículo 571 consagra una sanción, fijó este criterio preliminar: "En materia de sanciones, como en asunto de nulidades, el criterio y la norma sobre el particular, según lo tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina, son de carácter restrictivo, y por eso el principio de analogía jamás tiene incidencia en esas materias. Quiere lo anterior decir que el juzgador debe ceñirse estrictamente, cuando aplica una sanción, al texto de la norma que la impone, sin poder deducir nunca consecuencias que la hagan más severa, porque de no proceder así, el juzgador impondría o agravaría una sanción, que no quiso imponer ni agravar el legislador". Y refiriéndose en concreto al alcance del citado artículo 571, la Corte asentó allí mismo esta doctrina:

"Sobre el principio contenido en el artículo 562 del Código Judicial de que cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que solicite, y contribuír a prorrata al pago de los gastos comunes, se halla configurado el artículo 571, ibídem, que establece el derecho de reembolso a favor de la parte que ha hecho los gastos que le corresponden a la otra, y por vía de apremio preceptúa que la parte renuente no será oída mientras no reembolse a la otra. La parte renuente, en esa situación, queda expuesta a no poder aprovechar los trámites del juicio, como el de petición de pruebas, repreguntas a los testigos de la contraparte, presentación de alegatos, etc., pero nada más. No queda sometida a perder el pleito ni a que el juzgador, prescindiendo de las pretensiones deducidas en el juicio, pueda dictar un fallo que sea desfavorable al renuente, únicamente por no haber hecho el reembolso a que está obligado.

"Si una disposición que estableciera semejante cosa, sería criticable desde el punto de vista de los principios que configuran la buena administración de justicia, y pugnaría contra la equidad y aun contra la realidad de la verdad expuesta en un proceso, es también no sólo criticable sino inaceptable que, no existiendo tal norma, se interprete un texto legal, como el ar-

tículo 571, dándole un sentido y una extensión que no cuadra ni a su espíritu ni a su letra, y que viola la regla general de que toda interpretación de normas que impongan sanciones es taxativa, regla que constituye una garantía para las partes, y que es una línea de conducta inquebrantable para el Juez. Es muy distinto el que una parte no sea oída en el juicio, que el que sea sentenciada en su contra, por una omisión o renuencia. El artículo 571 sólo contempla el primer extremo, pero no el segundo".

En ocasiones posteriores la Corte ha hecho también referencia a la sanción de no oír a la parte renuente en el reembolso de gastos para sostener tesis similares a la anterior (LXXXV, 2181, 110 y 111).

La sanción de no oír al litigante reacio al reembolso de gastos que consagra el artículo 571 del Código Judicial, debe ser entendida en sentido estricto, esto es, que no puede recibir más alcance ni producir mayores consecuencias que los derivados de su propia naturaleza procesal. La parte colocada en esa situación no puede aprovechar los trámites del juicio, lo cual significa que en lo sucesivo no se le pueden atender sus peticiones, ni ser admitida a ejecutar ningún acto procesal, como interponer recursos, formular oposiciones o alegatos, proponer incidentes, repreguntar testigos, etc. Ese apremio no sujeta al renuente a perder la litis, ni produce la suspensión del juicio ni de la jurisdicción del Juez, de tal modo que éste continúa actuando válidamente en el negocio. Y si por inadvertencia se llega a oír al mismo renuente, la actuación que por ello se realiza no queda afectada de nulidad, ni puede ser desconocida de hecho ni deja de producir los efectos procesales que le son inherentes. El olvido del Juez en aplicar la sanción no perjudica al renuente.

En esta ocurrencia, la demandada, sin embargo de estar requerida para el reembolso de gastos y de no poder ser oída, apeló del fallo de primera instancia y el recurso le fue concedido. Obvio es que la apelación no debió ser otorgada como consecuencia de la sanción, pero como se la concedió por inadvertencia y el acto no puede considerarse nulo, ella produjo, entre otros, el efecto de conferir jurisdicción al Tribunal para resolver lo que fue materia del mismo recurso. La supuesta carencia de jurisdicción que indujo al fallador a inhibirse de decidir la alzada, no puede considerarse como una secuela lógica de la sanción de no oír a la parte renuente, sino como un abuso de poder que agravó la situación de la misma parte, dándole al apremio una proyección procesalmente inadecuada e inadmisible. Ni ese concepto resulta conciliable y consecuente con el hecho de que el propio Tribunal hubiera concedido a la parte reacia el recurso de casación en las mismas circunstancias en que el Juez de primer grado le otorgó el de apelación, esto es, con olvido de estar aún pendiente la prevención de no oír a dicha recurrente.

El recurso censura la determinación del Tribunal de inhibirse de decidir lo que fue materia de la apelación interpuesta por la parte demandada por considerarse carente de jurisdicción, y sostiene que con ello se violó, por indebida aplicación, el artículo 571 del Código Judicial y se quebrantó asimismo el 1759 del Código Civil, por falta de aplicación. Los razonamientos del impugnante conducen a sustentar el cargo con apoyo en la causal séptima de casación, o sea en el motivo que consiste en "haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo". Sobre esta causal ha dicho varias veces la Corte que ella equivale a una denegación de justicia y se deriva de un *error in procedendo* o vicio de actividad por exceso o por defecto de poder, consistente en inhibirse el sentenciador de resolver sobre el fondo de un negocio por considerar de manera expresa y sin fundamento legal que carece de competencia para entender en él (casaciones de 4 y 21 de octubre de 1955, LXXXI, 2159, 377 y 477). Según esta doctrina, lo que da origen a esta causal séptima es la declaración expresa y sin base legal de faltar, no cualquiera de los presupuestos procesales, sino únicamente el de la competencia y la consiguiente inhibición del fallador de resolver lo sustancial de la litis.

Como en este negocio el Tribunal declaró expresamente carecer de competencia y se inhibió de decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de primer grado, a causa de haberse concedido ese recurso sin que la apelante pudiera ser oída, y como, según lo expuesto, ese concepto no se conforma a derecho, no hay duda de que el cargo es fundado y de que puede prosperar. En consecuencia, el fallo recurrido debe ser infirmado para disponer en su lugar que el litigio vuelva al Tribunal de origen, a fin de que allí se determine lo procedente con arreglo a derecho.

En mérito de lo discurrido, 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 diez y ocho de agosto de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de la señora Alicia Iregui de Uribe contra la señora Matilde Cabal viuda de Cabal y otro, y en su lugar se dispone devolver el mismo juicio al Tribunal de origen para que se provea lo conducente con arreglo a derecho.

Sin costas.

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

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

Ricardo Ramírez L. Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

Extractos en materia penal a cargo de Diego E. Cristancho M., Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

EXTINCION DE LA ACCION Y DE LA CONDENA EN MATERIA PENAL

Tiempo máximo que requiere la prescripción de la acción. — Errada interpretación e indebida aplicación del artículo 105 del Código Penal.

Dice el artículo 104 del Código Penal que "la acción y la condena penales se extinguirán por prescripción". El artículo 105 de la misma obra, por su parte, establece el término de la prescripción, en treinta años para los delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más; en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal para delitos con pena mayor de cinco años y menor de veinte; y en cinco años para los demás delitos.

La pena a que se refieren los distintos incisos del artículo 105 del Código Penal es la imponible en cada caso concreto. Así lo estimó la Corte, en la siguiente doctrina: "Por lo tanto, para obtener el tiempo máximo que requiere la prescripción de la acción, es necesario acudir a las distintas disposiciones penales que alteran o modifican especialmente aquel máximo fijado por la respectiva norma general **para el delito** concreto, **porque aquéllas y éstas atañen y se contraen a la determinación de la pena extrema que la ley le asigna al hecho punible objeto del proceso. Tan evidente es ésto, si se piensa que la sanción principal que merece el delincuente por su infracción** no es sólo la contemplada en la norma genérica, **sino** la que resulte de combinar ésta con las otras disposiciones que la complementan, **cuando operan circunstancias cualificadoras —objetivas y subjetivas— que le dan al delito una fisonomía particular. De no ser así, se dislocaría la naturaleza de las cosas y se rompería** la unidad del delito, **con la consiguiente arbitrariedad de mutar el alcance de la prescripción, en cuanto que para reconocerla, el legislador ha tenido primordialmente en cuenta la duración de la pena, por la mayor o menor gravedad del ilícito cometido y por los efectos psicológicos que éste causa en el conglomerado humano. Y en tal orden de ideas, no es el mismo daño público que sufren los ciudadanos al tener conocimiento de un delito grave, que la alarma que padecen cuando la infracción es venial o de características singularmente atenuadas. Variedad y grados de la acción criminosa que el ministerio represivo debe atender, así en el juzgamiento del culpable,** como en las causas que hacen cesar la potestad punitiva del estado...

"En síntesis: para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción (penal), se busca el máximo de pena señalada por la ley para el delito sub judice, **pero, según el caso, relacionando ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para**

las modalidades específicas que agravan o atenúan el hecho criminoso. Lo que prescribe es la acción que nace de un delito concreto o individualizado, y no de un delito en su tipo genérico. Es claro que si del resultado de las operaciones aritméticas se obtiene un máximo de pena inferior a cinco años, la prescripción se cumple en esos cinco años, conforme a la parte final del artículo 105 del Código". (Cas. de 7 de octubre de 1954).

Por tanto, si la pena imponible al reo, por las lesiones causadas a su víctima, sólo alcanzaba, en su máximo, a cuatro años y medio de prisión, como se vio antes, síguese de ello que, en este caso, la prescripción de la acción penal venía a operarse en cinco años. Y como de la época de la comisión del delito (13 de mayo de 1955), a la fecha de ejecutoria del auto de proceder (24 de julio de 1960), había transcurrido ese tiempo, tiene que aceptarse que al proferir el fallo condenatorio recurrido, la potestad sancionadora del poder social había cesado.

Hubo, por tanto, errónea interpretación y, por consiguiente, indebida aplicación del artículo 105 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril dos de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja interpuso recurso de casación contra la sentencia de dicha corporación, proferida el 26 de abril de 1962, en la cual se condenó a Hernando Parra Soler a la pena principal de seis (6) meses de prisión y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales causadas a José Galindo Callejas. Fue confirmado así el fallo pronunciado por el Juzgado Penal del Circuito de Ramiriquí, el 23 de agosto de 1960.

Dentro del término legal, presentó la demanda de casación el recurrente. Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Penal, en su concepto, juzgó que no era necesario ampliar la demanda del señor Fiscal del Tribunal de Tunja.

Están cumplidos los trámites legales, y es el momento de decidir.

Los hechos:

Son éstos:

"En la vereda de 'Supaneca', jurisdicción de Jenesano, Departamento de Boyacá, siendo ya las siete de la noche del 13 de mayo de 1955, se encontraron Hernando Parra Soler y José Galindo Callejas. Sin que haya podido saberse con certidumbre cuál fue el provocador del lance, es lo cierto que ambos sujetos se atacaron y los dos resultaron lesionados. Parece que una divergencia partidista política los hizo insultarse y luego reñir".

La investigación se adelantó hasta perfeccionarse. Dentro de ella fueron reconocidos los lesionados, así:

Hernando Parra Soler tuvo 12 días de incapacidad, sin otras consecuencias (fls. 2, 8 y 16 del cuaderno 1º).

José Galindo Callejas estuvo incapacitado durante doce días. Como consecuencia le quedó una "desfiguración facial" de carácter permanente (fls. 7, 9, 54 y 62 del cuad. 1º).

El proceso terminó con las sentencias que se han mencionado atrás. La de primera instancia condenó a Parra Soler a seis (6) meses de prisión, veinticinco pesos ($ 25.00) moneda legal, de multa y sanciones accesorias. José Galindo Callejas fue condenado a tres (3) meses de arresto, multa de diez pesos ($ 10.00) moneda legal, y pago de perjuicios.

En la de segundo grado, el Tribunal confirmó la condenación de Parra Soler y revocó la de Galindo Callejas. Se declaró prescrita la acción penal en lo referente a este procesado.

Precisamente contra este fallo se interpuso el recurso de casación que se resuelve ahora.

La demanda:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja "invoca la primera causal de casación porque el honorable Tribunal, por errónea interpretación especialmente del inciso 3 del artículo 105 citado, lo dejó de aplicar siendo obligatoria su operancia, como lo manda el artículo 112 de la misma obra. Este Despacho, pues, invoca la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal para que se case la sentencia".

Y agrega:

"Habiendo perdido el Estado el derecho de continuar la acción penal, el honorable Tribunal aplicó equivocadamente el artículo 373, inciso 2, y el 384 del Código Penal, pues tales normas punitivas ya no podían operar.

"En efecto, los hechos ocurridos el día 13 de mayo de 1955, como se desprende de la denuncia (fl. 1, cuaderno 1º) y de todas las pruebas y todas las providencias que figuran en el expediente. El auto de proceder se dictó el día 17 de junio de 1960 (fs. 88, cuaderno 1º). Y no se ejecutorió hasta que no se notificó al señor defensor el once de julio de mil novecientos sesenta (fs. 97, cuaderno 1º). De manera que ya habían pasado más de cinco años desde la comisión de los hechos hasta la fecha del auto de proceder, y más, de su ejecutoria. Ya el auto de proceder no tenía la virtud de interrumpir la prescripción de la acción penal como lo prevé el artículo 107 del Código Penal. Así, la prescripción de la acción penal se consumó antes de dictar la vocación a juicio para Parra Soler. En esta forma, no podía dictarse sentencia condenatoria, sino una declaratoria de prescripción de la acción penal, con aplicación del artículo 112 del Código Penal".

Consideraciones de la Corte:

La causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal es como sigue:

"Hay lugar a casación: 1º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

En riña imprevista —así se ha admitido por el Juez de la primera instancia, por el Tribunal y por el recurrente— se cometió el delito de lesiones personales, por el cual se juzgó a Parra Soler, y por el cual se le impuso la pena de seis (6) meses de prisión. Sobre ello no hay discusión, ni tal circunstancia es motivo de estudio ahora. El hecho se situó, por tanto, dentro de las previsiones del artículo 384 del Código Penal, y la pena a aplicar sería la correspondiente al delito, disminuída en una cuarta parte a la mitad.

La infracción penal imputada a Parra Soler aparece sancionada por el inciso 2º del artículo 373 del Código Penal. La pena aplicable, en consecuencia, sería de uno a seis años de prisión y multa de cien a cuatro mil pesos.

Los juzgadores de instancia, en vista de lo anterior, impusieron a Hernando Parra Soler la pena de seis (6) meses de prisión, esto es, el mínimo de la sanción imponible disminuída en la mitad. La multa sería de la misma suerte, la mínima señalada, rebajada en la mitad, o sea de cincuenta pesos ($ 50.00) moneda legal, y no de veinticinco pesos ($ 25.00) moneda legal, como lo trae el fallo.

"En esta forma —dice el recurrente— la pena máxima que hubiera podido aplicarse a Parra Soler no era en ningún caso mayor de cuatro años y medio. Es aplicable el inciso último del artículo 105 del Código Penal, claramente".

O sea: la acción penal que se seguía a Hernando Parra Soler quedó prescrita y no podía, por tanto, proseguirse, cuando vino la ejecutoria del auto de proceder, esto es, el 24 de julio de 1960. Por consiguiente, afirma el señor Fiscal, se dictó sentencia condenatoria contra un ciudadano sobre la base de un proceso en el cual se había operado la prescripción de la acción penal.

Dice el artículo 104 del Código Penal que "la acción y la condena penales se extinguirán por prescripción". El artículo 105 de la misma obra, por su parte, establece el término de la prescripción en treinta años para los delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más; en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal para delitos con pena mayor de cinco años y menor de veinte; y en cinco años para los demás delitos.

La pena a que se refieren los distintos incisos del artículo 105 del Código Penal es la imponible en cada caso concreto. Así lo estimó la Corte en la siguiente doctrina:

"Por lo tanto, para obtener el tiempo máximo que requiere la prescripción de la acción es necesario acudir a las *distintas disposiciones penales que alteran o modifican especialmente aquel máximo fijado por la respectiva norma general* para el delito *concreto,* porque aquéllas y éstas atañen y se contraen a la determinación de la pena extrema que la ley le asigna al hecho punible objeto del proceso. Tan evidente es esto, si se piensa que la sanción principal que merece el delincuente por su infracción *no es sólo la contemplada en la norma genérica,* sino *la que resulte de combinar ésta con las otras disposiciones que la complementan,* cuando operan circunstancias cualificadoras —objetivas y subjetivas— que le dan al delito una fisonomía particular. De no ser así, se dislocaría la naturaleza de las cosas y *se rompería la unidad del delito,* con la consiguiente arbitrariedad de mutar el alcance de la prescripción, en cuanto que para reconocerla, el legislador ha tenido primordialmente en cuenta la duración de la pena, por la mayor o menor gravedad del ilícito cometido y por los efectos psicológicos que éste causa en el conglomerado humano. Y en tal orden de ideas, no es el mismo daño público que sufren los ciudadanos al tener conocimiento de un delito grave, que la alarma que padecen cuando la infracción es venial o de

características singularmente atenuadas. Variedad y grados de la acción criminosa que el ministerio represivo debe atender, así en el juzgamiento del culpable *como en las causas que hacen cesar la potestad punitiva del Estado...*

"En síntesis: para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción (penal), se busca el máximo de pena señalada por la ley para el delito *sub judice,* pero, según el caso, relacionando ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenúan el hecho criminoso. Lo que prescribe es la acción que nace de un delito *concreto* o individualizado, y no de un delito en su tipo genérico. Es claro que si del resultado de las operaciones aritméticas se obtiene *un máximo de pena inferior a cinco años, la prescripción se cumple en esos cinco años,* conforme a la parte final del artículo 105 del Código". (Cas. de 7 de octubre de 1954).

Por tanto, si la pena imponible a Hernando Parra Soler, por las lesiones causadas a José Galindo Callejas sólo alcanzaba, en su máximo, a cuatro años y medio de prisión, como se vio antes, síguese de ello que, en este caso, la prescripción de la acción penal venía a operarse en cinco años. Y como de la época de la comisión del delito (13 de mayo de 1955), a la fecha de ejecutoria del auto de proceder (24 de julio de 1960), había transcurrido ese tiempo, tiene que aceptarse que, al proferir el fallo condenatorio recurrido, la potestad sancionadora del poder social había cesado.

Hubo, por tanto, errónea interpretación y, por consiguiente, indebida aplicación del artículo 105 del Código Penal.

Al declarar la prescripción de la acción penal se dispondrá la cesación de todo procedimiento contra el demandante (ar. 153 del C. de P. P.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de 26 de abril de 1962, y en su lugar

RESUELVE:

Se declara prescrita la acción penal adelantada contra Hernando Parra Soler, por las lesiones causadas a José Galindo Callejas, el 13 de mayo de 1955. Se ordena cesar todo procedimiento contra Parra y se dispone el archivo del expediente en la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

VALOR DE LA PRUEBA INDICIARIA

Cuerpo del delito.—El cuerpo del delito en el homicidio.—Interpretación del indicio. Cumplimiento de las garantías constitucionales y legales en el juzgamiento.

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba completa de la infracción por la cual se llamó a juicio, y la de que el procesado es responsable de ella".

El vigente Código de Procedimiento Penal, a diferencia de lo que ocurría con el Código anterior, no da una definición del cuerpo del delito.

Este Código establecía en su artículo 1512 que: "se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible según las leyes". Con mayor concisión y claridad expresa D. Aguesseau que "el cuerpo del delito es el delito mismo".

El artículo 272 del vigente Código de Procedimiento Penal dice que: "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal serán la base de la comprobación del cuerpo del delito". No es ésta una definición del cuerpo del delito, pero sí es una explicación que sirve para establecer, en cada caso, si estos elementos se hallan debidamente comprobados en el proceso penal.

En todo caso, la plena comprobación del cuerpo del delito es un presupuesto fundamental e indispensable en todo juicio penal. Por ello expresa Tomás Jofré que "es indispensable hacer constar la existencia del cuerpo del delito, porque sin ello no se puede materialmente hacer justicia. Una investigación incompleta sobre todos los elementos que forman el cuerpo del delito puede también inducir a lamentables errores judiciales".

"En el cuerpo del delito no se comprende el elemento moral intencional de la infracción. Si se comprendiera, habría necesidad de probar su existencia por medios directos, como los que se requieren para constatar la materialidad del delito. El elemento físico de la infracción es susceptible de prueba directa, positiva; el elemento inmaterial no lo es, porque el espíritu es materialmente intangible. No obstante probada la existencia del cuerpo del delito, la razón establece la presunción de la existencia de la infracción".

La importancia de la prueba del cuerpo del delito es irrecusable. Sin ella no puede haber juicio. Puede darse el caso de que una persona confiese que cometió un delito; si no apareciere comprobado el cuerpo del delito, no puede ni llamársele a juicio ni menos condenársela.

2. El homicidio, conforme a la descripción que de esta figura delictiva da nuestro Código Penal (ar. 362), y según lo definen muchos autores, es la muerte injusta (Carrara, Pesina, Manzini) de un hombre, causada por otro hombre. Por lo tanto, son elementos de este delito: 1º La extinción de una vida humana; 2º Que esta extinción sea causada por voluntad o por culpa de una persona penalmente responsable.

Ahora bien, por regla general y ordinariamente el cuerpo del delito, en el homicidio, así como en otros delitos debe comprobarse en forma técnica y directa, como la diligencia del levantamiento del cadáver, la autopsia, el dictamen pericial, o por medio de testimonios o con indicios necesarios o vehementes. Por esto ha dicho la Corte: "si por regla general, el cuerpo del delito de homicidio, como el de heridas, falsificación de monedas, etc., se comprueba o debe comprobarse en forma técnica con el 'prolijo examen que se haga por facultativos o peritos', cuando haya de apelarse, por las excepcionales circunstancias en que tales hechos delictuosos se hayan cometido, a la prueba indicial, esto no puede ser de cualquier clase, sino que es menester que tenga el carácter de plena, comoquiera que la existencia del cuerpo del delito constituye el fundamento de todo juicio crimi-

nal. De ahí que nuestro Código Judicial, siguiendo en ésto las normas universalmente admitidas, al referirse a esa prueba indiciaria, como medio de establecer a veces el cuerpo del delito, exija la concurrencia de indicios necesarios o vehementes 'que produzcan el pleno convencimiento', con el fin de evitar errores y equivocaciones en cuestiones de tánta gravedad y trascendencia". (Cas. 31 de enero de 1933, XLI, 285).

3. En relación con los indicios llamados "vehementes" es pertinente reproducir lo que la Corte ha sostenido en otras oportunidades al expresar que: "el indicio es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación criminosa, y no será indicio que prueba responsabilidad el que necesita, para valer como tal, de las apreciaciones subjetivas del juzgador, porque en tal caso todas las contingencias y sucesos allegados a la vida de un proceso estarían sometidos, sin lógica ni sana exégesis legal, al arbitrio de las diferentísimas subjetividades de los varios juzgadores del proceso. El hecho que se toma como incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador, no es un indicio sino una sospecha". (Cas. 3 de agosto de 1945 y 15 de septiembre de 1950).

Esta doctrina sobre la interpretación del indicio está indicando por sí misma que esta prueba debe estar exenta de la simple apreciación subjetiva del juzgador, el cual no puede obrar arbitrariamente en la valoración legal de las pruebas, porque es muy fácil y peligroso que el criterio del Juez, animado del deseo de buscar la certeza y evitar la impunidad, se incline con frecuencia a dar por cierto y debidamente comprobado un hecho, o a deducir ciertas consecuencias, en donde razonablemente sólo puede tener cabida una mera probabilidad o una simple hipótesis, sin suficiente sustentáculo en los hechos del proceso. En el indicio el hecho desconocido que se trata de establecer debe surgir del hecho o hechos conocidos que le sirven de premisa, con tal naturalidad, con tal espontaneidad, que la mente no tenga que hacer sutiles esfuerzos de lógica para llegar a la conclusión de si es o no cierto el hecho desconocido que se intenta comprobar.

Como lo anota el profesor Ritter, citado por Gorphe, en un interesante estudio sobre la prueba indiciaria, "mientras el hecho criminal mismo, en lo que llama la 'prueba natural', se refiere por el testimonio o por la confesión, y la situación se aclara desde el instante en que tales medios de prueba se consideran serios, por el contrario, en la prueba indiciaria el Juez se halla al comienzo de su tarea cuando se enfrenta con los hechos probados: aquí no solamente debe averiguar si los medios de prueba son probatorios, sino también lo que demuestran. Esa operación mental se expresa lógicamente mediante inferencias y razonamientos. Pero, supone, para sentar exactamente la premisa mayor, suficientes conocimientos en la materia por examinar, además de gran experiencia de la vida y cualidades intelectuales, a la vez racionales e intuitivas: bastante imaginación para discernir las relaciones entre hechos alejados en apariencia, y mucho sentido crítico para librarse de las influencias subjetivas y no sacar prematuras conclusiones de elementos inciertos. Ritter estima que el papel del Juez en la prueba indiciaria exige particulares y raras dotes de capacidad, y que toda su personalidad se encuentra comprometida en ella, con sus cualidades y defectos, con sus ideas y sentimientos. La valía del Juez puede dar aquí su medida".

4. En cumplimiento de las garantías constitucionales y legales en materia del juzgamiento, la importancia y gravedad de la función punitiva del Estado, excluyen aquella necesidad que en otras circunstancias de la vida se presentan, y en virtud de lo cual es suficiente atenerse y contentarse con las simples probabilidades.

De aquí que la bondad de las leyes y la eficacia de las sanciones penales, antes de aumentar disminuirían, si se pudiera castigar a los ciudadanos con fundamento en meras sospechas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril tres de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en sentencia del catorce de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, al confirmar en todas sus partes la de primera instancia proferida por el Juez Superior de dicha ciudad, condenó a Sérvulo Rodríguez Gamboa, como responsable del delito de homicidio agravado consumado en la persona de Ismael Tique (a. "Cucacho"), a la pena principal de diez y seis años de presidio, más las accesorias de rigor, según hechos ocurridos en la tarde del día ocho de noviembre de 1959, en la hacienda de Piedecuesta, vereda de Potrerogrande, en el Municipio de Colombia, Departamento del Huila.

Contra la sentencia del *ad quem* interpusieron el recurso de casación el procesado Rodríguez Gamboa y su defensor, recurso que fue concedido.

Tramitado en debida forma el recurso ante la Corte y oído el concepto del Ministerio Público, se procede a decidirlo mediante esta providencia.

Debe anotarse que en los fallos de instancia se condenó también a Amadeo Rodríguez Gamboa, Hernando Caviedes y Ramón Díaz, como responsables del asesinato en la persona de Jeremías Ortigoza, que fue consumado en el mismo lugar y fecha anotados, delito investigado y fallado en un mismo proceso, por considerárselo conexo con el delito de homicidio, por el cual fue condenado el recurrente Sérvulo Rodríguez Gamboa.

Antecedentes.

El Juez del conocimiento hizo de los hechos que dieron origen a este proceso el siguiente relato:

"Jeremías Ortigoza e Ismael Tique eran hostigados aún por las fuerzas del orden en la región donde subsistían en jurisdicción de Alpujarra, y por tal circunstancia, en las postrimerías del mes de octubre de 1959, de común acuerdo se replegaron hacia la jurisdicción de Colombia (H.) en la región de Potrerogrande, en donde Daniel Sefair tiene una finca denominada 'Piedecuesta', y a esta finca concurrieron ambos el domingo 8 de noviembre del mismo año en asocio de Juan Isidro Cardoso, y en donde se hallaban los hermanos Amadeo y Sérvulo Rodríguez Gamboa en compañía de Rubén Heredia, Manuel Lucas Prada, Hernando Caviedes y Ramón Díaz, y en medio de su tertulia consumieron aguardiente, y ya en las últimas horas de la tarde Sérvulo Rodríguez invitó a Ismael Tique a que fueran a una vecindad, y más concretamente a casa de Guillermo García a traer una guitarra, pero resulta que esa fue la última noticia que se tuvo de Tique, pues desapareció sin haber llegado al lugar de su destino, y mientras tanto los que se quedaron en la casa de la finca de 'Piedecuesta' se dieron a la tarea de ayudarle a doña Leticia Heredia a meter un bizcocho al horno, y cuando éstos terminaron Juan Isidro Cardoso abrazó a Jeremías, y así abrazados avanzaron del sitio del horno hacia el interior de la casa, y al pie de la puerta de la cocina se encontraba Hernando Caviedes, quien disparó sobre Ortigoza cuando éste iba a entrar al corredor, cayendo herido mortalmente boca abajo, quedándole los pies en la gotera de la casa y la cabeza en el quicio de la puerta de entrar para la sala".

Inició la investigación la Alcaldía Municipal de Alpujarra, en el Departamento del Tolima, en virtud de denuncia formulada por Olga Manrique de Ortigoza. Esta Alcaldía, después de practicar algunas pocas pruebas, envió el negocio al Alcalde Municipal de Colombia, Huila. También intervino en la investigación el Inspector Departamental de Policía de Monguí, quien por su cuenta, y al tener conocimiento de los hechos, abrió investigación penal, practicando algunas pruebas.

Enviadas las diligencias instructivas al Juez Superior de Neiva, este funcionario comisionó al Alcalde del Municipio de Colombia para que perfeccionara la investigación, practicando las pruebas que le determinó en providencias del 20 de febrero y 23 de mayo de 1960.

Perfeccionada la investigación en lo posible, el Juez Superior de Neiva la declaró cerrada por auto de 9 de noviembre de 1960, y dispuso tramitar el negocio de acuerdo con el procedimiento establecido por el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959.

Con fecha del 20 de enero de 1961 se dictó, por el Juez Superior de Neiva, la sentencia de primer grado, en la que se condenó a Amadeo Rodríguez Gamboa, Hernando Caviedes y Ramón Díaz a la pena principal de diez y seis años de presidio como responsables del asesinato cometido en Jeremías Ortigoza, y al recurrente Sérvulo Rodríguez Gamboa también a la de diez y seis años de la misma pena como autor y responsable del homicidio consumado en la persona de Ismael Tique.

Interpuesto el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal Superior de Neiva por medio de la sentencia que ha sido recurrida en casación, por el reo Sérvulo Rodríguez y su apoderado.

Conviene advertir que no fueron encontrados los cadáveres de Ortigoza ni de Ismael Tique, y que respecto del hecho de la muerte de éste no existe una prueba directa ni técnica, sino indiciaria, cuyo valor se estudiará en este fallo.

Demanda de casación.

El abogado José Ríos Trujillo, obrando como apoderado del procesado Sérvulo Rodríguez Gamboa, oportunamente formalizó la demanda de casación, que es un extenso y difuso escrito que se ajusta a los requisitos de la técnica de este recurso extraordinario, y en el que se invoca como causal de casación la establecida en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El actor divide su demanda en varios capítulos o apartes. En el primero, que titula "Hechos y actuación procesal", hace una relación de los sucesos, reproduciendo lo elaborado por el Juez de primera instancia, que en lo pertinente se reprodujo en esta providencia. Allí mismo se hace una historia detallada de la actuación procesal, señalando desde el auto cabeza de proceso las diversas providencias producidas en la etapa investigativa, así como del desarrollo procesal cumplido ante los Jueces de instancia y en la Corte.

En el segundo aparte, y bajo el título "Fundamentos de derecho", luego de reproducir el texto del ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en un acápite especial reproduce casi en su integridad la sentencia acusada en casación, cuestión un poco superflua por cuanto posteriormente hace en otros apartes una crítica detenida de las pruebas del proceso que fueron tenidas en cuenta en la sentencia recurrida, y con base en las cuales el Tribunal de Neiva llega a las conclusiones de que está plenamente establecido, en autos, el cuerpo del delito y la responsabilidad del recurrente, así como la calidad de homicidio agravado consumado en la persona de Ismael Tique y Jeremías Ortigoza.

En el capítulo que el demandante titula "Motivos de hecho", éste hace una minuciosa y lógica crítica de los testimonios de Severiano Ramírez (fl. 16), Teodicelo García (fls. 17 v. y 98 v.), Fidel Rodríguez Gamboa (fl. 19), Juan Isidro Cardoso (fl. 28), Jorge Chavarro Valenzuela (fl. 65), Olga Manrique de Ortigoza (fl. 1), Elvira Gómez Yucuma (fl. 5 vto.), Teniente Luis Fernando Peralta y Rafael Ramírez. Con la crítica de estos testimonios el actor demuestra que la mayor parte de ellos son de oídas y proceden de Juan Isidro Rodríguez, quien en su declaración no le consta más que haber presenciado cuando Hernando Caviedes le dio muerte a Jeremías Ortigoza, y que Sérvulo Rodríguez había salido de la casa de la hacienda, antes de la muerte de aquél, en compañía de Ismael Tique hacia la casa de un señor García, por una guitarra, sin saber lo que entre éstos hubiera podido ocurrir.

Para demostrar que el testimonio de Juan Isidro Rodríguez no merece ninguna credibilidad y para establecer que éste tiene "un pasado judicial tormentoso que asombra", el actor reproduce unas certificaciones expedidas por el Juez Superior de Neiva y su Secretario, así como el Alcalde Municipal de Colombia y el Juez Segundo Penal de Neiva, que obran en el proceso, y de las cuales aparece que realmente contra aquel sujeto se adelantan numerosos procesos penales por varios delitos de homicidios, lesiones personales, incendio, consumados en distintos Municipios del Huila.

En relación con el declarante menor de edad Severiano Ramírez, testimonio a que en primer lugar se refiere el Tribunal, el actor expresa que este menor narra simplemente y en relación con el reo Sárvulo Rodríguez, que éste salió el día de los hechos, como a las cuatro de la tarde, y antes de que hubieran dado muerte a Ortigoza, en compañía de Ismael Tique (a. Cucacho) de la casa de la hacienda de "Piedecuesta", y que aquél había vuelto solo.

Con respecto al testimonio de este menor de edad, que posteriormente se retractó en forma absoluta, el demandante expresa lo siguiente:

"Cabe observar respecto a este testimonio, el que fue rendido diez días después de ocurridos los hechos y autos (fl. 16 vto., donde se puede constatar) que el declarante no se refiere, porque no le consta, a concierto previo alguno de parte de los sindicados, ni tampoco a que disparado el revólver sobre Jeremías Ortigoza, le hubiese sido arrebatado el revólver que portaba ni algunos objetos personales, tal como lo expresa otro declarante, igualmente testigo presencial, según su dicho. Dice que alrededor de las cuatro y media o cinco de la tarde fue cuando dieron muerte al Mono Chepe y que en seguida lo mandaron a traer una espermas (sic) algunos de los circunstantes, regresando a las seis y media del mismo día donde habían ocurrido los hechos, y en este lugar ya no encontró a nadie, pero igualmente afirma constarle que a las cinco de la tarde había visto regresar a la casa de donde había partido a Sérvulo Rodríguez, circunstancia ésta del todo inverosímil por cuanto que se fue por las espermas a las cuatro y media y regresó a las seis y media, luego mal podía a las cinco de la tarde —hora en que estaba ausente del lugar, según su dicho— haber visto regresar solo a este sitio a Sérvulo Rodríguez. Además, aceptando en gracia de discusión que Sérvulo Rodríguez en lugar deshabitado y sin testigos hubiese dado muerte a Ismael Tique y hecho desaparecer el cadáver, no es lógico suponer una posterior divulgación de este acto a un extraño como Severiano Ramírez, al contarle que le había dado muerte a Tique, y esto precisamente al día siguiente de los hechos. De este testimonio sólo quedaría en pie la aseveración de que de el sitio de reunión aludido partieron Sérvulo Rodríguez y Tique, lo demás, en crítica testimonial, es sospechoso, inverosímil, por lo absurdo e ilógico".

En el capítulo que el demandante titula "Motivos de derecho", enumera las conclusiones a

que llegó el Tribunal, y que señala con las letras a), b) y c), en la primera de las cuales el *ad quem* afirma que "está suficientemente probado el cuerpo del delito"; en la segunda, que "hay mérito legal para deducir responsabilidad en los procesados que fueron condenados por el señor Juez del conocimiento", y por útimo "que se trata de homicidio agravado".

El actor procede en su demanda a refutar en su orden y en cargos separados cada una de las conclusiones o premisas del Tribunal de instancia, principiando naturalmente por el que hace relación al aspecto de la comprobación del cuerpo del delito, para concluír con respecto a este primer cargo que: "al determinar el Tribunal en cuestión que se halla plenamente comprobado el cuerpo del delito, en autos, con relación al presunto reato cometido por Sérvulo Rodríguez Gamboa, con el respaldo probatorio de un testigo y de la prueba indiciaria que de éste pueda desprenderse, como hecho indicador o hecho indiciario, sin fundamentos jurídicos de fondo, esta corporación violó los artículos 224, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 203, 204, 205 y 206 del Código de Procedimiento Penal".

Al impugnar la conclusión del Tribunal respecto a la responsabilidad del recurrente Sérvulo Rodríguez, el actor concluye:

"Al determinar el Tribunal que había mérito suficiente para proferir sentencia condenatoria en contra del procesado Sérvulo Rodríguez Gamboa, considerando que se configuraban en autos las especificaciones de los artículos del estatuto procedimental, sin ser esto aceptable jurídicamente, por la deficiencia probatoria anotada que, cuando menos origina una duda, siendo aplicable el principio de *indubio pro reo,* esta corporación violó los artículos 203, 204, 205, 206, 217, 222, 223 y 224 del Código de Procedimiento Penal".

En el tercer cargo que el demandante formula a la sentencia acusada, éste concluye que no estando plenamente comprobado el delito de homicidio de Ismael Tique, por parte del sindicado Sérvulo Rodríguez, tampoco puede lógicamente calificarse dicho homicidio como asesinato, y en el supuesto de que éste hubiera cometido el delito, no están comprobadas las modalidades que le puedan dar el carácter de homicidio agravado, por el que se condenó al recurrente, considerando que obró con alevosía, concluyendo el actor por expresar que: "en el expediente no está demostrado cuál fue el modo empleado por el victimario para sacrificar la vida de su víctima, ni menos cuál fue el instrumento. De aceptarse los hechos como los propone el juzgador de segunda instancia, tanto la víctima como el victimario estaban adecuadamente armados y en condiciones equilibradas, tanto para el ataque como para la defensa".

Como se ve, el primero y más fundamental motivo de impugnación que el demandante formula a la sentencia recurrida con invocación de la causal segunda, consiste en que no aparece plena ni debidamente comprobado el cuerpo del delito de homicidio consumado en la persona de Ismael Tique, por cuya muerte fue condenado Sérvulo Rodríguez, en dicha sentencia.

En relación con esta cuestión el actor argumenta, después de hacer una detenida crítica de las probanzas, lo siguiente:

"En el proceso solamente obran dos medios de prueba, como ya se dijo: el testimonio y el indicio. De tal suerte que la prueba del cuerpo del delito de homicidio de Ismael Tique tiene que estar acreditado, o por el testimonio o por el indicio. ¿Y de dónde se desprende procesalmente la hipótesis de que Ismael Tique haya sido muerto violentamente por mi patrocinado (para darse el cuerpo del delito desde el punto de vista objetivo), y de que mi poderdante sea penalmente responsable de este acto (para darse el cuerpo del delito desde el punto de vista subjetivo y así conformar lo que por cuerpo del delito entiende el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, pues, como entiende el tratadista José J. Méndez, cuerpo del delito es la realidad de consumación del delito)?

"Es incuestionable, por las razones que se dejaron aducidas al hacer la crítica testimonial de cada una de las declaraciones en que fundamenta su providencia el Juez *ad quem,* que la pista para poder llegar a la comprobación del cuerpo del delito de homicidio de Ismael Tique únicamente nos la da el testimonio de Juan Isidro Cardoso Tafur, presuntivamente único testigo presencial de los hechos, y, en este caso, del hecho de que de la casa donde se encontraban reunidos los circunstantes el día de autos hubiesen salido de a caballo y en dirección a la casa de García a traer una guitarra, según afirmación del declarante, pues que los demás declarantes rinden testimonios de oídas, cuya fuente viene a ser en último extremo el presunto testigo presencial Cardoso Tafur. Pero este testimonio no refiere la circunstancia de haber visto cuando Sérvulo Rodríguez Gamboa daba muerte en forma violenta a Ismael Tique; solamente al hecho de que ambos individuos partieron de la casa donde se desarrollaba la reunión de autos, hacia donde García y nada más. Este testimonio, de por sí, en el caso de revestirlo de excepcionales

circunstancias de credibilidad, como testimonio ático o clásico, con caracteres de plena prueba, apenas probaría plenamente la circunstancia esbozada de que ambos partieron hacia donde se dejó dicho. No más. Lo que sigue de ahí en adelante no está establecido por este testimonio ni por ningún otro, sino por inferencias que podríamos, en gracia de discusión, llamar indicios, lo cual quiere decir, finalmente, que el cuerpo del delito, en el presente caso, tendría que estar probado por la prueba indiciaria solamente. Se pregunta: ¿en el proceso está probado plenamente el cuerpo del delito del homicidio de Ismael Tique, tal como hemos dicho que debe entenderse esta figura, por indicios, tal como la doctrina y la jurisprudencia los entiende, y éstos están revestidos en tal forma que constituyen plena prueba del cuerpo del delitó? De ninguna manera.

"Por vía indiciaria se llegaría a la conclusión de que Sérvulo Rodríguez pudo haber dado muerte a Ismael Tique, del hecho conocido que es la aseveración de Juan Isidro Cardoso de que estos dos individuos salieron el día de autos del sitio donde se encontraban reunidos los circunstantes hacia donde García, por una guitarra. Si es mendaz esta afirmación de Cardoso o si su testimonio no puede tener las calidades de plena prueba de este aserto, no puede estructurarse ningún indicio de lo que sucediera luego entre mi patrocinado y el occiso aludido. Es que todo indicio se compone de dos extremos: un hecho indicador o premisa de donde se parte, o hecho conocido, y una conclusión o hecho indicado o desconocido, que es a donde se llega. Pero para que la primera fase del indicio, o el primer extremo, que es el hecho indicador nazca a la vida jurídica como primer elemento del indicio, es preciso que tal hecho indicador esté plenamente probado. Y probado plenamente por alguno de los medios probatorios que señala la ley. Si este hecho indicador no está plenamente probado, no puede surgir el segundo extremo del indicio, esto es, el hecho indicado o en averiguación o que trata de probarse, o la conclusión, y en estas condiciones jurídicamente no puede hablarse de indicio alguno. Y es que la conclusión o segundo extremo del indicio no puede darse en el vacío sin el sustentáculo del hecho indicador, porque sería una conclusión sin antecedente, sin sustentáculo, sin respaldo legal. Sería una conjetura, una hipótesis, una sospecha, un me parece, un yo creo, y nada más; figuras estas últimas que no forman parte de los medios probatorios de nuestro derecho procesal penal.

"Se pregunta: ¿el hecho indicador o primer extremo del indicio, a saber, el que efectivamente Sérvulo Rodríguez Gamboa haya partido en compañía de Ismael Tique el día de autos hacia donde García, está plenamente probado en el proceso para ver de hallar, entonces sí, conclusiones o segundo extremo del indicio? En manera alguna. Como este hecho indicador de que mi defendido haya partido el día de autos en compañía de Ismael Tique hacia donde se ha aludido, no está acreditado en el proceso más que por el testimonio de Juan Isidro Cardoso Tafur, pues los demás testimonios que son de oídas arrancan de éste, como antes se vio, no puede decirse, con arreglo a derecho, que esté plenamente probado, por cuanto el solo testimonio de este individuo no puede constituír plena prueba, a la luz de la crítica testimonial, dada la calidad del testigo, ya por su pasado judicial, como por las circunstancias que rodearon su versión, lo aseverado por Severiano Ramírez, en su segunda exposición de que Juan Isidro Cardoso Tafur lo presionó e intimidó para que, a pesar de no haber sido aquél testigo presencial de los hechos de autos, dijera que sí, y diera una versión en determinado sentido, y todas las demás razones que se dejaron aducidas en esta demanda al comentar el testimonio de este declarante, que no es el caso de volver a repetir, porque, en su momento, fueron suficientemente puntualizadas. En estas condiciones si este hecho indicador, o primera face del indicio, no resulta plenamente probado (el que haya partido Sérvulo Rodríguez con Ismael Tique) por el solo testimonio de Juan Isidro Cardoso, jurídicamente no puede invocarse segundos extremos del indicio, esto es, conclusiones, lo que quiere decir, en síntesis, que por vía indiciaria no se puede establecer en el proceso, en estas condiciones, que Sérvulo Rodríguez Gamboa haya dado muerte voluntariamente a Ismael Tique y de que sea responsable penalmente de este acto, lo que quiere decir, en otras palabras, que en el proceso no está plenamente probado el cuerpo del delito, de homicidio de Ismael Tique, como lo afirma el Tribunal en su fallo.

"Pero hay algo más: aun aceptando, y esto solamente en gracia de discusión, que lo aseverado por Juan Isidro Cardoso Tafur, con relación a mi patrocinado, a saber, el que éste hubiese partido el día de autos con Ismael Tique hacia donde García a traer una guitarra, estuviese plenamente probado, y así estuviese ameritado de plena prueba el hecho indicador, tampoco de esto surgirían indicios graves suficientes para acreditar plenamente probado el cuerpo del delito de homicidio de Ismael Tique, toda vez que los segundos términos o extremo del indicio, esto es, las conclusiones, serían de naturaleza equívoca por las numerosas hipótesis, presunciones y con-

clusiones que pudieran extraerse. En efecto, del hecho indicador o conocido de que Sérvulo Rodríguez Gamboa, el día de autos, haya salido en compañía de Ismael Tique Soto, no se colige, indispensablemente, como razón necesaria, aun cuando no haya regresado ni se sepa su paradero, que haya sido muerto violentamente por mi defendido, y que de este acto sea responsable penalmente. Claro está que ésta podría ser una de las tántas hipótesis o conclusiones que pudieran dar origen al hecho indicador en referencia, pero en forma por demás equívoca, puesto que nó es la única conclusión a que pudiera llegar. Así como ésta, pudiera concluírse, también, que hubiese desaparecido voluntariamente de la comarca, sin que reato alguno se hubiese cometido, y a la sazón esté vivo, como medio de ocultarse de las autoridades que lo buscaban, pues como lo afirma el mismo Tribunal, el presunto occiso era un bandolero de la región (fl. 37, 2º cuaderno); que haya sido muerto por la tropa, por algún enemigo, o por alguno de los bandoleros que merodeaban en la región, toda vez que en esta comarca se dan cita numerosos antisociales dedicados al robo y a la matanza como se puede apreciar en el mismo proceso, y otras más hipótesis que pudieran insinuarse. En estas condiciones, la circunstancia o conclusión, pues, de que Tique Soto haya sido muerto violentamente por Sérvulo Rodríguez, conclusión extraída de que el día de autos partieron ambos hacia algún lugar, no constituye un indicio grave de la comisión del delito de homicidio por parte de mi patrocinado, o en otras palabras, no constituye un indicio grave para ver de probar el cuerpo del delito".

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, a quien correspondió llevar la voz del Ministerio Público en este negocio, después de hacer un estudio somero de la demanda, que considera ajustada a las exigencias técnicas del recurso, expresa, en relación con la causal invocada y especialmente con el análisis probatorio hecho por el actor, lo siguiente:

"Se abstiene la Procuraduría de resumir los conceptos del señor demandante y de formularle una crítica a los mismos, porque con ello no haría otra cosa que oponer un criterio a otro criterio, en serie sucesiva de confrontaciones y de refutaciones.

"Eso si observa que el examen hecho por el señor abogado demandante tiene que ver con todas y cada una de las pruebas citadas por el mismo, pero tomadas aisladamente, insularmente, sin tener en cuenta la relación, conexión o concordancia de unas pruebas con otras y su consiguiente complementación y refuerzo o ratificación, que, en el presente caso, tienen una singular importancia y relieve por virtud de no haber sido hallados los cadáveres de las víctimas, y porque los ilícitos ocurrieron entre compañeros de fechorías, todo lo cual demuestra que si según 'el sentir de las gentes', la muerte de los dos sacrificados fue obra de sus propios amigos, la convicción del fallador que lo llevó a impartir una condena tiene un racional respaldo en el acervo probatorio.

"Y esta convicción es más que obvio resultado del análisis probatorio hecho, con más veras si se tiene en mientes que ni los comprometidos penalmente en los homicidios de 'El Mico' y 'El Cucacho', ni los testigos de favor se atreven, a pesar de su osadía y desparpajo, a insinuar que tales víctimas estén aún vivas en cualquier paraje de la vecindad o del país mismo.

"Se ataca la personalidad de Cardoso, pero si bien es cierto que ella es tenebrosa, también lo es la de los demás comprometidos, ya que todos formaban parte de una banda o cuadrilla de malhechores organizada en los contornos.

"Aquí cabe agregar que el menor de edad Severiano Ramírez, no obstante haber estado al servicio de los cuadrilleros, es persona inocente. Y la primera declaración de éste, dada la claridad y precisión en los detalles que revela cuando fue traído entre los detenidos como posibles autores o partícipes de los homicidios, es un testimonio corroborado por lo expresado por quienes el mismo Ramírez cita.

"Por lo demás, la retractación que hizo de su inicial dicho este testigo, cosa que ocurrió a instancias de la defensa ejercida, carece, como lo afirma el honorable Tribunal, de valor alguno.

"Pero los ataques hechos por el señor demandante, continúan en el numeral cuarto, 'Motivos de derecho'. Y en esta vez alude a las conclusiones del mismo fallo, es decir, a aquellas que consideran suficientemente comprobados el cuerpo del delito, la responsabilidad de su autor y la clase de sanción que éste merece, anotando al respecto que la prueba operante apenas puede calificarse de indiciaria, pero que ella no tiene carácter de plena prueba con relación a alguno de los tres presupuestos anotados. Y al sostener tal cosa, procede a verificar un análisis detenido y genérico sobre el valor de la prueba indiciaria, su constitución jurídica y sus características legales, reforzando sus reflexiones con la cita que

hace de un pronunciamiento de la honorable Corte sobre la materia.

"Pero en esto último como en todo lo anterior, lo que ocurre es que el actor se limita a dar cuenta de su propio y personal criterio en vista de la defensa que intenta, y dirigiendo sus argumentos hacia los fines que persigue, todo lo cual da pie para calificar de parcializada su concepción".

Después de esta réplica bastante superficial del señor colaborador Fiscal a las objeciones y críticas que el actor hace a la sentencia recurrida, que aquél pretende apoyar en algunos fallos de la Corte, en relación con el alcance que debe darse a la estimación probatoria de los Jueces de instancia cuando se invoca la causal segunda de casación, este funcionario solicita que no se case la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, pues estima que la causal alegada no puede prosperar, por cuanto cree que lo único que ha hecho el demandante es contraponer su personal criterio parcializado de defensor, al criterio acertado de los Jueces de instancia, en cuanto a la valoración de la prueba.

Estudio del recurso.

Como se ha visto, el primero y fundamental cargo que se formula a la sentencia acusada proferida en este proceso por el Tribunal Superior de Neiva, con invocación de la única causal alegada, o sea la establecida en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es la de que en autos no aparece plenamente probado el cuerpo del delito de homicidio consumado en la persona de Ismael Tique (a. Cucacho), cuya supuesta muerte se atribuye al recurrente Sérvulo Rodríguez Gamboa, y que, por tanto, respecto a este aspecto el Tribunal incurrió en errada apreciación de los hechos procesales.

Los otros cargos que el actor hace con invocación de la causal segunda, o sea que hubo error de apreciación probatoria en la sentencia acusada al deducirle a Sérvulo Rodríguez responsabilidad por la muerte de Tique y al calificar el homicidio como asesinato, no son sino consecuenciales del primer cargo, pues es obvio y lógico que si en el proceso no está plenamente comprobado el cuerpo del delito de homicidio consumado en este sujeto, sería absurdo responsabilizar y condenar por dicho delito al recurrente, y menos por un homicidio agravado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella".

El vigente Código de Procedimiento Penal, a diferencia de lo que ocurría con el Código anterior, no da una definición del *cuerpo del delito*.

Este Código establecía en su artículo 1512 que: "se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible según las leyes". Con mayor concisión y claridad expresa D. Aguesseau que "el cuerpo del delito es el delito mismo".

El artículo 272 del vigente Código de Procedimiento Penal dice que: "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal serán la base de la comprobación del cuerpo del delito". No es esta una definición del cuerpo del delito, pero sí es una explicación que sirve para establecer, en cada caso, si estos elementos se hallan debidamente comprobados en el proceso penal.

En todo caso, la plena comprobación del cuerpo del delito es un presupuesto fundamental e indispensable en todo juicio penal. Por ello expresa Tomás Jofré que: "es indispensable hacer constar la existencia del cuerpo del delito, porque sin ello no se puede materialmente hacer justicia. Una investigación incompleta sobre todos los elementos que forman el cuerpo del delito puede también inducir a lamentables errores judiciales".

"En el cuerpo del delito no se comprende el elemento moral intencional de la infracción. Si se comprendiera habría necesidad de probar su existencia por medios directos, como los que se requieren para constatar la materialidad del delito. El elemento físico de la infracción es susceptible de prueba directa, positiva; el elemento inmaterial no lo es, porque el espíritu es materialmente intangible. No obstante probada la existencia del cuerpo del delito, la razón establece la presunción de la existencia de la infracción".

La importancia de la prueba del cuerpo del delito es irrecusable. Sin ella no puede haber juicio. Puede darse el caso de que una persona confiese que cometió un delito; si no apareciere comprobado el cuerpo del delito, no puede ni llamársele a juicio ni menos condenársela.

El homicidio, conforme a la descripción que de esta figura delictiva da nuestro Código Penal (artículo 362), y según lo definen muchos autores, es la muerte injusta (Carrara, Pesina, Manzini) de un hombre, causada por otro hombre. Por lo tanto, son elementos de este delito: 1º La extinción de una vida humana; 2º Que esta extinción sea causada por voluntad o por culpa de una persona penalmente responsable.

Ahora bien, por regla general y ordinariamente el cuerpo del delito, en el homicidio, así como en otros delitos debe comprobarse en forma técnica y directa, como la diligencia de levantamiento del cadáver, la autopsia, el dictámen pericial, o por medio de testimonios o con indicios necesarios o vehementes. Por esto ha dicho la Corte:

"Si por regla general, el cuerpo del delito de homicidio, como el de heridas, falsificación de monedas, etc., se comprueba o debe comprobarse en forma técnica con el 'prolijo examen que se haga por facultativos o peritos', cuando haya de apelarse, por las excepcionales circunstancias en que tales hechos delictuosos se hayan cometido, a la prueba indicial, esto no puede ser de cualquier clase, sino que es menester que tenga el carácter de plena, comoquiera que la existencia del cuerpo del delito constituye el fundamento de todo juicio criminal. De ahí que nuestro Código Judicial, siguiendo en esto las normas universalmente admitidas, al referirse a esa prueba indiciaria, como medio de establecer a veces el cuerpo del delito, exija la concurrencia de indicios necesarios o vehementes, 'que produzcan el pleno convencimiento', con el fin de evitar errores y equivocaciones en cuestiones de tánta gravedad y trascendencia". (Cas. 31 enero de 1933, XLI, 285).

Como lo reconocen los Jueces de instancia, de los hechos ocurridos en relación con la muerte de Ismael Tique (a. Cucacho) no se halla en el proceso prueba directa, pues su cadáver no fue encontrado por parte alguna y, por lo tanto, no hubo levantamiento de tal cadáver, ni se practicó la autopsia, ni hay testigos presenciales que afirmen que vieron que este sujeto fuera muerto o lesionado por el recurrente Sérvulo Rodríguez Gamboa, quien sistemáticamente ha negado su participación en la muerte de Jeremías Ortigosa, así como en el homicidio consumado en Ismael Tique.

La sentencia acusada es notoriamente deficiente en cuanto al estudio de las pruebas, de las cuales deduce que Tique sufrió muerte violenta. El Tribunal se limita a reproducir, sin mayor estudio "ni análisis critológico" los testimonios de Severiano Ramírez, Teodicelo García, Fidel Rodríguez Gamboa, Juan Isidro Cardoso, Olga Manrique de Ortigosa, Elvira Gómez Yucuma, Luis Hernando Peralta y Rafael Ramírez. La mayoría de estos testigos, según se deduce del contenido de sus declaraciones, no se encontraron en el lugar de los hechos y sus dichos son de referencias o de simples rumores.

No obstante esto, el Tribunal de Neiva en la sentencia acusada, después de reproducir dichos testimonios, sin un verdadero análisis de su contenido, concluye por afirmar que: "la defensa, tanto en el Juzgado del conocimiento como en esta instancia, con una labor tesonera ha tratado de desvirtuar estas graves pruebas testimoniales y los indicios vehementes, existentes y con los cuales se comprueba en forma indubitable la muerte violenta que sufrieran Jeremías Ortigosa e Ismael Tique el ocho de noviembre de 1959 en la casa de la hacienda de 'Piedecuesta', el primero, y el segundo en el potrero denominado 'La Tigrera' de dicha hacienda, y la participación que en tales hechos criminosos sus defendidos...".

El Tribunal no puntualiza cuáles son los "indicios vehementes" de los cuales deduce que Ismael Tique fue asesinado por el recurrente Sérvulo Rodríguez; pero al parecer acoge sin ningún estudio crítico lo que al respecto se sostiene en la sentencia de primer grado, cuando en relación con este aspecto de la cuestión, o sea el relativo a la comprobación del cuerpo del delito de homicidio consumado en Tique, se dice:

"La misma honorable Corte ha dicho, en la transcripción anterior, que bastan indicios para deducir de que determinada persona dio muerte a otra, y en el proceso que se estudia, tenemos, que si bien no existen testimonios de que viesen a Sérvulo Rodríguez Gamboa ultimar a Ismael Tique, sí debemos admitir los testimonios del menor Severiano Ramírez y Juan Isidro Cardoso que nos prueban:

"1º Que Sérvulo Rodríguez Gamboa partió en compañía de Tique hacia una vecindad por el potrero 'La Tigrera';

"2º Que Sérvulo Rodríguez Gamboa iba armado de fusil y revólver;

"3º Que Sérvulo Rodríguez Gamboa regresó solo a la casa de donde había partido, y

"4º Que al marchar Sérvulo lo hizo tras de su compañero Tique.

"A los anteriores indicios se agrega el comprobado por la declaración de Rafael Ramírez, de que él oyó unos disparos por los lados del potrero de 'La Tigrera' a la hora en que tuvieron que haberse sucedido los hechos criminosos; y por último el dicho de la viuda de Tique, de que éste no volvió a su hogar y que todos los rumores que circulaban era de que había sido muerto".

Como claramente se concluye de lo transcrito, los Jueces de instancia dan por bien probado el cuerpo del delito de homicidio consumado en Ismael Tique por Sérvulo Rodríguez, con fundamento en unos supuestos indicios "vehementes", deducidos principalmente de los testimonios del menor de edad Severiano Ramírez y del de Juan

Isidro Cardoso, cuya credibilidad demerita con razones de peso el actor, según se ha visto de la fundada crítica que hace de dichos testimonios en su demanda.

Por lo tanto, se estudiarán estos testimonios y el de Rafael Ramírez, a quien también se hace particular referencia en las sentencias y especialmente en relación con lo que estos deponentes dicen con respecto a la muerte de Ismael Tique.

Severiano Ramírez, quien al rendir su testimonio ante el Inspector Departamental de Policía de Monguí (H.) el 18 de noviembre de 1959, manifiesta que tiene doce años de edad, declara en la siguiente forma:

"El domingo ocho del presente mes me encontraba yo en la hacienda de 'Piedecuesta', de propiedad de don Daniel Sefair, la cual queda en la vereda de Potrerogrande, en compañía de Amadeo Rodríguez, Hernando N., Sérvulo Rodríguez, el Mono Chepe, Manuel Prada, Juan Isidro Cardoso, Leticia Heredia, un señor que lo llamaban 'Cucacho', Ramón Díaz, no más; y ese día estaban ellos bebiendo aguardiente, y como de cuatro y media a las cinco de la tarde de ese día salí yo de la pieza donde duerme don Daniel, y en seguida le hicieron un tiro al Mono Chepe por detrás, y en seguida el Mono Chepe cayó al suelo, el tiro se lo hizo Hernando N. con un revólver; el Mono iba entrando de la cocina para la sala cuando le hicieron el tiro, y en seguida a mí me mandó don Amadeo Rodríguez a traer unas espermas a la finca de 'Oriente', que queda como media hora de lejos de la casa donde estábamos nosotros, y cuando yo regresé como a las seis y media del mismo día, ya no estaba el muerto ahí, ni ninguno de los que estaban ahí cuando yo me fui, solamente estaba misiá Leticia con el niño pequeño hijo de ella; de modo que yo no supe qué hicieron con el muerto, o sea con el Mono Chepe. Ese mismo día, como a las cuatro de la tarde, antes de matar al Mono Chepe, se fue Sérvulo Rodríguez en compañía de Cucacho de a caballo en dirección del potrero de 'La Tigrera' de la hacienda de 'Piedecuesta', y volvió a la casa Sérvulo solo como a las cinco de la tarde del mismo día, y al día siguiente, o sea el lunes, que iba yo con un caldero para un toldo, encontré a Sérvulo que estaba buscando una cadena de oro que tenía Cucacho en el pescuezo, y según me dijo Sérvulo ahí en ese punto era donde ese día antes éste había matado a Cucacho".

Este menor declara posteriormente, ante el Juez Superior de Neiva, el 10 de mayo de 1961, retractándose de modo absoluto de su primera declaración, y manifestando que la había rendido amenazado por Juan Isidro Cardoso, quien le dijo "que me mataba si no decía que eran Amadeo y Sérvulo Rodríguez los que habían matado a Chepe Ortigosa y Cucacho, y yo de obligado declaré así en Monguí ante el Inspector de dicho lugar, y lo que dije en esa declaración que ahora me lee el señor Juez fue de obligado y no es la verdad". Con respecto al conocimiento que tiene de Juan Isidro Cardoso, este menor expresa en su última declaración "que todos los vecinos de Potrerogrande lo miran con terror porque es un hombre malo".

El Tribunal desecha, sin explicación alguna, la retractación de este menor, sin tener en cuenta la corta edad que tenía cuando rindió su primer testimonio, lo que hace perfectamente explicable que fácilmente fuera atemorizado por un sujeto de los pésimos antecedentes y de la peligrosidad de Juan Isidro Cardoso, quien estuvo en el lugar de los hechos, y quien posiblemente tuvo participación en los homicidios que se investigan en este proceso, pues dados sus malos antecedentes es muy sospechosa la actitud asumida con Ortigosa y Tique, a quienes había invitado a la hacienda de "Piedecuesta". Debe tenerse en cuenta la significativa circunstancia que el mismo Cardoso reconoce, en relación con Jeremías Ortigosa, que lo tenía abrazado cuando le fueron hechos los disparos que le ocasionaron la muerte. Por lo tanto, es muy explicable que Cardoso tratara de eludir la acción de la justicia haciendo recaer las sospechas sobre otros sujetos, poniendo en circulación rumores al respecto y tratando de ejercer presión para intimidar a testigos como el menor Severiano Ramírez. Al respecto no deja de ser significativo que la primera declaración de este menor coincida en general con el relato de los hechos y de algunos detalles con lo dicho por el testigo Juan Isidro Cardoso, quien al respecto expone lo siguiente:

"Ese día los invitó Amadeo Rodríguez a Jeremías Ortigosa y a Ismael Tique, que fueran a la casa de 'Piedecuesta' a comer bizcocho caliente que estaban haciendo ese día allí, y se vinieron todos tres, y Hernando Caviedes y yo me quedé atrás como un cuarto de hora y me vine con intención de seguir para acá para Monguí, y como el camino pasa por el patio de la casa de 'Piedecuesta', al pasar por ahí me llamaron la atención y nos dio a todos aguardiente hasta que se acabó una botella, y me fui a venir y me convidaron para el horno a comer bizcocho, estando comiendo bizcocho convidó Sérvulo a Ismael que fueran a traer una guitarra donde Guillermo García (hijo), y se fueron de a caballo, cada cual en su bestia, Ismael iba adelante y Sérvulo atrás, y este último llevaba un fusil y revólver y Ismael llevaba una pistola, y se fue-

ron, entonces yo me quedé cerca del horno y Jeremías también, ayudándole a poner bizcocho en latas a Leticia Heredia, que era la del amasijo ese día ahí, y como yo había observado que Amadeo les había desensillado las bestias de Jeremías e Ismael y las habían soltado, llamé con disimulo a Jeremías y le dije en voz baja que por qué les habían soltado las bestias, aclaro que fue únicamente la bestia de Jeremías, pues Ismael se había ido en la bestia de él (Ismael), y nos vinimos abrazados con Jeremías del horno para adentro, y al salir nosotros de la puerta de la cocina yo vi a Hernando Caviedes que estaba al pie de dicha puerta, pero no sospeché nada de él, pues yo les echaba mucho ojo era a Amadeo, y al salir a la gotera de la cocina oí detrás de nosotros dos disparos y cayó Jeremías al suelo boca abajo, quedándole los pies en la gotera de la casa y la cara en el quicio de la puerta de entrar para la sala; yo traté de levantarlo, y al ver que le salía sangre de la nuca y de las narices lo dejé quieto, y también le salía sangre de los oídos, y entonces le dije a Amadeo que para qué hacían eso, a lo cual me contestó Amadeo que me callara la boca y si no que para mí también había, y en seguida le cayeron al muerto, y Amadeo le quitó el revólver y Ramón Díaz lo ayudó a requisar y le quitaron lo que tenía el finado y yo viendo eso monté y arranqué para abajo corriendo a todo galope, y yendo como a los cien metros de distancia de la citada casa me gritaban que esperara, que para qué me iba, y como yo no paré la carrera me hicieron como unos siete tiros con revólver y fusil, y yo me fui para donde Bruno Rodríguez, y me siguieron dos, uno era Manolo Prada y Ramón Díaz, como ochocientos metros, y después supe que esa noche y hasta el día siguiente me habían puestiado en el filo de Potrerogrande, pero yo me quedé esa noche en la casa de Bruno y al día siguiente me vine para acá, pero dando la vuelta por Monserrate y Los Ríos, y aquí llegué como a las seis de la tarde de dicho día. Agrego que el día que me vine para acá, cuando ya iba yo a montar para venirme de donde Bruno llegó allí Ricaurte Astudillo y nos contó que a él le había contado Rafael Ramírez que éste había visto cuando en el potrero de 'La Tigrera', perteneciente a la hacienda de 'Piedecuesta', iban dos de a caballo, y el que iba atrás le había hecho dos disparos al que iba adelante, y que al caer de la bestia al suelo éste, el que le hizo los disparos lo arrastró para una zanja".

El demandante al referirse al testimonio de Juan Isidro Cardoso, le hace los siguientes fundados reparos:

"Otra declaración aducida por el Tribunal como respaldo jurídico probatorio de su providencia es la de Juan Isidro Cardoso (fl. 28), el cual, según su dicho, fue testigo presencial de la muerte de Jeremías Ortigosa y de la circunstancia de haber salido de a caballo Ismael Tique y Sérvulo Rodríguez Gamboa hacia un lugar vecino, pero a quien no le consta cosa alguna, como testigo presencial, de lo sucedido entre estos dos individuos. Lo que resulta narrando Juan Isidro Cardoso acerca de lo sucedido entre mi poderdante Sérvulo Rodríguez Gamboa y Tique, en el potrero de 'La Tigrera,' por no ser testigo presencial, es testimonio de oídas, tal como él lo manifiesta al decir que Ricaurte Astudillo le había contado que un individuo le había manifestado que en el potrero 'La Tigrera' iban dos a caballo y que el que iba atrás le había hecho dos disparos al que iba adelante, y que al caer de la bestia al suelo lo había arrastrado para una zanja. Pero acontece que Ricaurte Astudillo obtuvo sus informaciones acerca de este hecho al día siguiente de los acontecimientos criminosos, nueve de noviembre de 1959, nada menos que del propio Juan Isidro Cardoso, tal como aquél lo manifiesta en su declaración. De tal suerte que lo aseverado por Cardoso acerca de lo ocurrido entre Rodríguez y Tique en el potrero 'La Tigrera' queda en nada. A esto hay que añadir una circunstancia que debe tenerse en cuenta para evaluar el testimonio de Cardoso, y es el hecho de que su declaración (fl. 28) fue rendida en la Inspección de Policía de Monguí el 25 de marzo de 1960, esto es, a los cuatro meses y medio de haber tenido ocurrencia los hechos de autos, el aparecer, según su dicho igualmente víctima de los ataques de los procesados, intentando darle muerte, con disparos de revólver y fusil, y persecución hasta ochocientos metros y hasta acecharlo para darle muerte, y un pasado judicial tormentoso que asombra, el cual obra a folio 16 del segundo cuaderno, y que textualmente se reproduce para ilustración".

Las certificaciones que el actor reproduce sobre los antecedentes del testigo Juan Isidro Cardoso Tafur, que obran en autos, justifican el calificativo de que este sujeto tiene un pasado judicial "tormentoso que asombra", pues de acuerdo con ellas figura como sindicado desde el año de 1954, de graves y numerosos delitos cometidos en los Municipios de Colombia y Baraya, en el Departamento del Huila.

En cuanto al testigo Rafael Ramírez, éste se limita a afirmar que:

"Sí, señor, ese día me encontraba yo en mi finca de Potrerogrande, y como a eso de las tres y media de la tarde que venía yo de una roza

de maíz para mi casa, en compañía de una niña mía, cuando oí dos disparos de arma de fuego, pero no me di cuenta para qué lado, por el motivo de que en ese momento venía yo en una montañita, y le dije a la niña que probablemente había gente tomando, cuando sonaron los disparos". *Preguntado:* ¿Díganos si es verdad que usted le contó a Ricaurte Astudillo que usted había visto cuando en el potrero de "La Tigrera", perteneciente a la hacienda de "Piedecuesta", iban dos de a caballo y el que iba atrás le había hecho dos disparos al que iba adelante, y que al caer de la bestia al suelo, el que le hizo los disparos lo arrastró para una zanja? *Contestó:* "No señor, yo no le conté eso a Ricaurte Astudillo, pues como dije antes, yo oí los disparos pero no me di cuenta para qué lado fue que los dispararon, cuando ya salí a un potrero mío después de haber oído los disparos, vi a uno de a caballo en el potrero de 'La Tigrera' que iba entrando a una vena de monte, pero yo no vi más nada, es mi declaración".

Como se ve, este declarante desvirtúa lo que el testigo Cardoso afirma le dijo Ricaurte Astudillo, cuando éste expresa que Ramírez le había contado que "había visto cuando en el potrero de 'La Tigrera', perteneciente a la hacienda de 'Piedecuesta', iban dos de a caballo y el que iba atrás le había hecho dos disparos al que iba adelante, y que al caer de la bestia al suelo, éste, el que le hizo los disparos, lo arrastró para una zanja".

Lo demás que hay en el proceso, en relación con la muerte de Ismael Tique, por la cual se juzgó y condenó a Sérvulo Rodríguez Gamboa, son simples "rumores que circulaban", según lo reconoce expresamente el Juez de primera instancia.

Sobre testimonios tan poco dignos de credibilidad como son los de Severiano Ramírez y Juan Isidro Cardoso, no puede fundarse un indicio para dar por plenamente comprobado el cuerpo del delito de homicidio, consumado por el recurrente Sérvulo Rodríguez Gamboa en la persona de Ismael Tique, como erradamente lo dan por establecido los Jueces de instancia, ya que como lo expresa el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal: "para que un hecho pueda ser apreciado como indicio debe estar plenamente probado".

Además, y en relación con el indicio con el cual se dio por probado el cuerpo del delito de homicidio de que se supone fue víctima Ismael Tique, son acertados los reparos que al valor lógico de dicho indicio le hace el recurrente, según se ve de la última parte de la transcripción de la demanda hecha anteriormente, en la que se impugna la conclusión a que llegó el Tribunal con respecto a la comprobación del cuerpo del delito.

Por lo tanto, y en virtud de lo que se ha expuesto, los hechos tenidos en cuenta por los Jueces de instancia para dar por establecido el cuerpo del delito de homicidio en la persona de Ismael Tique, por el cual se condenó al recurrente Sérvulo Rodríguez Gamboa, no constituyen la plena prueba que para proferir un fallo condenatorio exige la ley, y al acogerlos en la sentencia acusada, como fundamento de la condena, el *ad quem* incurrió en un notorio error, pues les dio un valor probatorio que no tienen ante la ley ni ante la sana crítica.

Los indicios llamados "vehementes", que sirvieron a los Jueces de instancia para dar por suficientemente probado el cuerpo del delito de homicidio cometido en Ismael Tique, y la responsabilidad de Sérvulo Rodríguez Gamboa, realmente no merecen el calificativo de tales, puesto que ellos son simples apreciaciones subjetivas de dichos juzgadores, que solamente alcanzan la categoría de una sospecha.

Al respecto es pertinente reproducir lo que la Corte ha sostenido en otras oportunidades al expresar que: "el indicio es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación criminosa. Y no será indicio que prueba responsabilidad el que necesita, para valer como tal, de las apreciaciones subjetivas del juzgador, porque en tal caso todas las contingencias y sucesos allegados a la vida de un proceso estarían sometidos, sin lógica ni sana exégesis legal, al arbitrio de las diferentísimas subjetividades de los varios juzgadores del proceso. El hecho que se toma como incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador no es un indicio sino una sospecha". (Cas. 3 de agosto de 1945 y 15 de septiembre de 1950).

Esta doctrina sobre la interpretación del indicio está indicando por sí misma que esta prueba debe estar exenta de la simple apreciación subjetiva del juzgador, el cual no puede obrar arbitrariamente en la valoración legal de las pruebas, porque es muy fácil y peligroso que el criterio del Juez, animado del deseo de buscar la certeza y evitar la impunidad, se incline con frecuencia a dar por cierto y debidamente comprobado un hecho, o a deducir ciertas consecuencias, en donde razonablemente sólo puede tener cabida una mera probabilidad o una simple hipótesis, sin suficiente sustentáculo en los hechos del proceso. En el indicio el hecho desconocido que se trata de establecer debe surgir del hecho o hechos conocidos que le sirven de premisa, con tal naturalidad, con tal expontaneidad, que

la mente no tenga que hacer sutiles esfuerzos de lógica para llegar a la conclusión de si es o no cierto el hecho desconocido que se intenta comprobar.

Como lo anota el profesor Ritter, citado por Gorphe, en un interesante estudio sobre la prueba indiciaria, "mientras el hecho criminal mismo, en lo que llama la 'prueba natural', se refiere por el testimonio o por la confesión, y la situación se aclara desde el instante en que tales medios de prueba se consideran serios, por el contrario, en la prueba indiciaria el Juez se halla al comienzo de su tarea cuando se enfrenta con los hechos probados: aquí no solamente debe averiguar si los medios de prueba son probatorios, sino también lo que denuestran. Esa operación mental se expresa lógicamente mediante inferencias y razonamientos. Pero, supone, para sentar exactamente la premisa mayor, suficientes conocimientos en la materia por examinar, a demás de gran experiencia de la vida y cualidades intelectuales, a la vez racionales e intuitivas: bastante imaginación para discernir las relaciones entre hechos alejados en apariencia, y mucho sentido crítico para librarse de las influencias subjetivas y no sacar prematuras conclusiones de elementos inciertos". Ritter estima que el papel del Juez en la prueba indiciaria exige particulares y raras dotes de capacidad, y que toda su personalidad se encuentra comprometida en ella, con sus cualidades y defectos, con sus ideas y sentimientos. La valía del Juez puede dar aquí su medida.

Es posible que Ismael Tique realmente hubiera sido víctima de un atentado criminal; es posible que el autor de este atentado contra su vida hubiera sido Sérvulo Rodríguez Gamboa, pero esa sola posibilidad no autoriza a la justicia penal para afirmar, como se sostiene en la sentencia acusada, que este procesado es realmente responsable de haber cometido el delito de homicidio por el cual se lo condenó en dicha sentencia, pues debido quizás a la deficiente investigación, la existencia misma del delito, así como la responsabilidad del recurrente Sérvulo Rodríguez, aparecen en este proceso afectados de una gran incertidumbre, sobre la cual no se puede fundar un fallo condenatorio, sin el riesgo de incurrir en una grave injusticia.

En cumplimiento de las garantías constitucionales y legales en materia del juzgamiento, la importancia y gravedad de la función punitiva del Estado, excluyen aquella necesidad, que en otras circunstancias de la vida se presentan, y en virtud de lo cual es suficiente atenerse y contentarse con las simples probabilidades.

De aquí que la bondad de las leyes y la eficacia de las sanciones penales, antes de aumentar disminuirían, si se pudiera castigar a los ciudadanos con fundamento en meras sospechas.

Síguese de lo dicho que la causal segunda de casación, invocada en la demanda, debe prosperar en relación con el recurrente Sérvulo Rodríquez Gamboa, a quien, en consecuencia, habrá de absolvérsele del cargo que se le dedujo, y por el cual se le condenó como responsable del homicidio en Ismael Tique, por no aparecer debidamente comprobado en el proceso el cuerpo del delito ni, en consecuencia, la responsabilidad de aquél.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *invalida* la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Neiva, a que se ha hecho mérito, y en cuanto se refiere al recurrente Sérvulo Rodríguez Gamboa, y en su lugar lo *absuelve* de los cargos por los cuales fue condenado en este proceso.

Líbrese la correspondiente orden de libertad incondicional del procesado Sérvulo Rodríguez G., siempre que contra éste no exista detención por otra causa.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

FALSIFICACION DE MONEDAS

Causal 2ª. — Tipificación del delito de falsificación de monedas. — Concurso material y concurso formal de delitos. — La estafa y la falsificación de monedas. — Elementos estructurales que caracterizan estos ilícitos. — El delito de falsificación de monedas, en el caso del numeral 4º del artículo 214 del Código Penal, y cuando es medio para obtener un provecho ilícito con perjuicio de tercero, es una estafa especialmente prevista, de vida autónoma. Bienes jurídicos protegidos por el Código Penal. — Errada interpretación de la ley e indebida aplicación de la misma. — Pena imponible.

1. Ha dicho la Corte que, cuando se alega la causal segunda de casación, el demandante queda obligado a "analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello, porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas las saca el Juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia". (G. J. Nº 2149, Torno LXXIX, pág. 346).

"Es decir, si la sentencia es una resultante o consecuencia de premisas fundadas en los hechos y de las consiguientes apreciaciones jurídicas, síguese de allí que la demanda contra ella debe examinar exactamente los elementos probatorios que aceptó y apreció el fallador. Sólo así se tendrá la visión de conjunto que tuvo éste para sustentar el fallo".

(Cas. de 6 de febrero de 1953. Causa por homicidio contra Luis Felipe Giraldo A.).

Tocaba, pues, al recurrente demostrar que el Tribunal erró en forma notoria o grave en la estimación o apreciación de los hechos, al darle un valor que no tienen o negarle el que les corresponde ciertamente. Ello no se hizo. Simplemente se opuso al criterio del fallador, el concepto muy personal del demandante. Si esto se aceptara, en tal forma "se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales".

2. En el Código Penal Colombiano no se menciona el delito de "circulación de moneda", y sí se habla, en cambio, en el Título VI del Libro III de la mencionada obra, "De la falsificación de monedas, papeles de crédito público y otros valores". Dentro de esta denominación se tipifica un delito de falsificación de monedas, que consiste en poner "a sabiendas", y "de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas". La circulación de moneda legítima no es delito y ello, no obstante, estaría comprendido dentro de la denominación que trae el auto vocatorio contra los procesados.

Se hace esta observación para que, en adelante, los autos de proceder se pronuncien teniendo a la vista los ordenamientos del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, especialmente en lo que dice relación al contenido de la parte resolutiva de los mismos, y se evite así cualquier informalidad, o motivo capaz de invalidar la actuación.

3. El recurrente aspira a que la Corte deseche el concurso material de delitos, aceptado por el Tribunal fallador y a que se admita, en cambio, la existencia de un concurso formal, pues, en su concepto, se violaron varias disposiciones de la ley penal con un solo hecho. De este parecer es el señor Agente del Ministerio Público.

En realidad, en este caso, cómo pasa a verse, no hay concurso de delitos. La acción o las ac-

ciones imputadas a los reos buscaban un solo fin —la circulación de la moneda falsa—, y dieron nacimiento a un solo delito: el "de falsificación de monedas", en tipo específico señalado en el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal. La estafa, cargo deducido contra los procesados, está absorbida por la falsificación de monedas, en la situación contemplada aquí.

En efecto, la estafa es un delito contra la propiedad o el patrimonio. En ella el sujeto activo induce "maliciosamente al propietario a despojarse de su dominio, haciéndole creer lo falso como verdadero". El actor se hace entregar la cosa ajena, por medio de artificios o engaños.

En la falsificación de monedas, prevista en el numeral 4º del artículo 214 —cuando por este medio el agente, con perjuicio de terceros, obtiene un provecho ilícito, como en el caso de autos—, se está frente a un típico caso de estafa, ya que el actor, esto es, el que "a sabiendas" pone "de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas", lo hace para lograr la entrega por ese "modo" de una cosa, de un bien o de un valor cualquiera. Existe aquí como medio engañoso la moneda aparente que, por su identidad con la legítima, llega a inducir en engaño a quien la recibe. Así, el que con moneda falsificada o alterada compra un objeto cualquiera, no hace cosa distinta a apropiarse ese bien, valiéndose para ello de un eficaz medio insidioso; quien compra un inmueble y paga el precio con moneda falsa o alterada, lo adquiere, valiéndose, de la misma suerte, de un artificio suficiente para inducir en engaño al vendedor; y quien simplemente cambia una moneda falsa por una legítima, se está haciendo a un valor, utilizando exactamente un "modo" para engañar a quien era dueño de la moneda legítima. Hay, pues, como se ve, en los distintos casos en que se pone en circulación moneda falsa, una disminución en el patrimonio de quien la recibe. Y fuera de ello, esto es, de perjudicar el patrimonio individual, se va contra la fe que el Estado ha depositado en la moneda. Sin que falten, desde luego, casos en que el perjuicio es meramente posible y no llega a actualizarse o realizarse, como ocurre también en la estafa.

La estafa se caracteriza por los siguientes elementos: a) Inducción en error, con engaños o artificios; b) Provecho ilícito con perjuicio de otros, y c) Relación de causalidad entre el engaño y la entrega del bien perseguido.

En la circulación de moneda falsa se exigen los mismos elementos, si bien el delito se caracteriza por un dolo específico, que el legislador señala con la expresión "a sabiendas": a) Se induce en error por medio engañoso, la entrega de la moneda falsa; b) Se obtiene con ello un provecho ilícito en favor del falsificador y en perjuicio de quien recibe la moneda falsa, y c) Hay relación de causalidad entre el engaño y la entrega del bien perseguido.

De donde se desprende que el delito de falsificación de monedas, en el caso del numeral 4º del artículo 214, y cuando es medio para obtener un provecho ilícito con perjuicio de tercero, es una estafa especialmente prevista, de vida autónoma, no sólo por la concurrencia en tal delito de los elementos estructurales de tal fraude, sino porque el legislador así lo ha estimado, al sacarlo del Título XVI y colocarlo dentro del Título VI del Código Penal.

4. El Código Penal, en cada uno de sus títulos y capítulos relaciona hechos que ofenden determinados intereses, que destruyen o ponen en peligro inmediato bienes jurídicos protegidos. Así, en el Título XVI, se definen los delitos contra la propiedad. No obstante, hay actividades que afectan el patrimonio de los individuos y que, aun pudiendo situarse dentro de sus previsiones, aparecen contemplados en otros títulos del Código como entidades autónomas. Tales serían, por ejemplo, algunos de los delitos referidos en el Título IX, que versa sobre "delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio".

En esta forma, el legislador colombiano, después de señalar un género de delitos y dentro de éste las varias especies de los mismos, deja algunos casos para presentarlos en normas concretas diferentes, en vista de los derechos violados y de los intereses protegidos. En el Capítulo IV del Título XVI, se define la estafa, en sentido general, señalando sus elementos estructurales y dejando al intérprete la facultad discrecional para apreciar la capacidad del medio empleado por el estafador para inducir en engaño al estafado. Sin embargo, tipos específicos de estafa, como la falsificación de monedas, en el caso de la circulación, se tienen, no como un simple delito contra el patrimonio, sino como un hecho que por afectar, además, intereses superiores, como es la fe pública, es considerado como infracción independiente, de mayor entidad política, pero sin dejar, a la postre, de ser un verdadero fraude.

"El artificio engañoso —dice Finzi— puede constituír por sí solo un hecho que la ley penal considera delito. Este artificio engañoso que puede representar por sí un delito, se concreta sobre todo en una lesión de la fe pública, que es un interés social que el Estado quiere proteger muy especialmente". (La estafa y otros fraudes, pág. 51).

5. En el hecho imputado a los reos se engañó, es cierto, a la dueña de un objeto, pero el medio empleado para inducir en error a la ofendida, fue la moneda falsa, esto es, se puso en circulación moneda falsa, con el ánimo de sacar de ello un provecho. El beneficio ilícito se obtuvo, al menos momentáneamente, pues la máquina de coser, comprada en los términos que reza el expediente, volvió a manos de su dueña, después de ésta entregarla a los falsificadores de moneda.

Hay, pues, un típico caso de falsificación de moneda, en la forma contemplada en el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal.

Y si fuera de otra suerte, se estaría violando el principio de non bis in idem, de acuerdo con el cual a una persona no se puede sancionar en dos ocasiones, por un mismo hecho. Y aquí el hecho es uno solo: la falsificación de moneda, en su circulación, o sea, la estafa por medio o artificio engañoso, que la ley tiene como delito, considerado especialmente, dentro de un título y un capítulo, que no es aquél en donde se definió esa figura delictiva.

No puede, por tanto, hablarse de un concurso de delitos, sino de un simple delito de falsificación de moneda.

Vistas así las cosas, tendrá que admitirse que el Tribunal Superior al aplicar la sanción a los procesados, erró en la interpretación de la ley y, por ende, dio a ella una aplicación indebida.

Al considerar el fallador de instancia que se trataba de un concurso material de delitos, aplicó, de acuerdo con el artículo 33 del Código Penal, la pena correspondiente al delito más grave y lo aumentó prudencialmente. Fue así como impuso a los procesados siete (7) años de presidio y sanciones accesorias.

Estimándose por la Corte que no hay concurso, sino un solo delito de falsificación de monedas, la pena imponible es la señalada en el artículo 214 del Código Penal, pero aumentada de acuerdo con el Decreto 2184 de 1951.

Corte Suprema de Justicia,—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

Contra la sentencia del 12 de marzo de 1962, obra el Tribunal Superior de Buga, en la cual se confirmó la dictada por el señor Juez Segundo Superior de la misma ciudad, el 23 de noviembre de 1961, interpuso el recurso de casación el condenado Mario Adán Jiménez Castrillón.

El funcionario de la primera instancia condenó a Jiménez Castrillón y a Serafín Luque a la pena de siete (7) años de presidio y sanciones accesorias.

El recurso ha recibido el trámite legal, y es el momento de decidir, pues se ha obtenido la demanda del caso, así como el concepto del señor Agente del Ministerio Público.

Antecedentes:

Este expediente da cuenta de los siguientes hechos, según narración del Tribunal:

"La señora Virginia Arango viuda de Martínez se encontraba en su casa de habitación en la ciudad de Cartago, cuando llegó hasta allí Mario Adán Jiménez Castrillón, individuo a quien ella conocía como comisionista. Se introdujo hablándole de negocios de casas, y luego en una de las habitaciones quedaba a la vista una máquina 'Singer', por lo cual la instó a venderla, advirtiéndole que le enviaría un cliente que le pagaría por ella lo que pidiera, fijando el precio en la cantidad de setecientos pesos. Desde ese momento Jiménez fue asiduo visitante de la señora Arango, pero últimamente se mostraba, según ella refiere a folio 20, bastante nervioso, hasta que a los dos días siguientes le anunció que ya se acercaba el comprador, pero en lugar de esperar se marchó, no sin antes hacerle señas a una persona como llamándola. Poco después penetró a la casa de la denunciante un individuo, de quien da su filiación, y que posteriormente se estableció que se llamaba Serafín Luque, el cual abordó de plano el negocio de la máquina, y sin mayores preámbulos aceptó el precio, que pagó en el acto en tres billetes de cien pesos y ocho de cincuenta pesos, y se llevó el mueble.

"Al llegar a la casa los hijos de la señora Arango les comunicó del negocio, pero al ver ellos los billetes que le habían entregado a su madre, cayeron en cuenta de su falsedad, y procedieron a participar a las autoridades".

Adelantada la investigación correspondiente, se demostró la propiedad, preexistencia y subsiguiente falta de la máquina de coser de que se trata, así como la falsedad de los billetes que fueron dados en pago por ella. El mueble, de otra parte, fue recuperado en casa de Blanca Cañas Henao, mujer que guardaba estrechas relaciones con Jiménez.

Dos fueron las personas que, valiéndose de medios engañosos, se hicieron a la máquina de coser de propiedad de la señora Virginia Arango de Martínez: Mario Adán Jiménez Castrillón y Serafín Luque.

Contra ellos se enderezó la acción penal y se produjo auto de proceder. Ambos fueron condenados por los delitos "de la estafa" y "de la falsificación de monedas, papeles de crédito público y otros valores", por los cuales se les había llamado a juicio.

Demanda:

El procesado-recurrente confirió poder especial al doctor José María Villegas, para que sustentara el recurso de casación interpuesto.

El escrito de demanda, como indica el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, "aparece elaborado en forma desarticulada, inconexa y ambigua. Así se ve cómo en la parte correspondiente al resumen de los hechos, se extiende en una serie de disquisiciones de orden jurídico que, en estricta técnica, debieran hacer parte de los acápites correspondientes a las causales invocadas. Asi mismo, al plantear concretamente las causales primera y segunda, presenta esta última como subsidiaria de la primera, debiendo haberlo hecho, en razón de la técnica jurídica, a la inversa, ya que la causal segunda es la que se refiere a la errada interpretación o apreciación de los hechos, equivocación que al ser demostrada servirá, obviamente, para discurrir posteriormente sobre uno u otro de los eventos contemplados en la causal primera. Es esta causal, pues, generalmente, consecuencia de la segunda".

Las causales alegadas son:

a) La causal primera, que se presentó en estos términos:

"No hay duda que el Tribunal Superior de Buga violó la ley penal porque hizo una aplicación indebida de la misma al condenar a Mario Adán Jiménez Castrillón, haciendo de los dos delitos que se le atribuyen, como son el de la *circulación de moneda* y el de *estafa* una pluralidad efectiva y no ficticia, confundiendo el *concurso ideal* o *formal* con el previsto y sancionado en el artículo 33 del mismo Código que trata del *concurso material* o acumulación de varios delitos que se juzgan separadamente en un mismo proceso".

b) La causal segunda, expuesta así:

"... en la sentencia demandada erró el Tribunal fallador al apreciar el hecho o afirmación de la ofendida de que los billetes que, ella, tuvo ocasión de verle a Jiménez Castrillón eran de los mismos que a ella le había entregado el otro procesado como precio de la máquina de coser. Y a esta sola y escueta afirmación se le dio en la sentencia acusada el valor de plena prueba, para condenar con ella al pobre Jiménez Castrillón, como autor del delito de circulación de moneda. Siendo así que en el negocio de esa máquina no intervino para nada él, pues quien dio a la ofendida los billetes falsos fue el otro procesado. Se le dio, pues, crédito a la ofendida, quien era la persona menos capacitada para afirmar lo que afirmó, ya que ella no había sido capaz, por sí sola, de saber que los billetes que se le habían dado por la máquina eran falsos, y sólo lo vino a saber cuando los hijos la hicieron caer en la cuenta de su error".

La demanda concluye solicitando la invalidación o la reforma de la sentencia acusada.

Concepto de la Procuraduría:

En concepto de 24 de enero de este año, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un recuento de los hechos que dieron origen a esta investigación y examina las causales de casación invocadas por el demandante.

Desecha la causal segunda y explica cómo el Tribunal Superior de Buga, para proferir la sentencia condenatoria de que se trata, tuvo en cuenta, no sólo la afirmación de la ofendida, sino otras razones de hecho, claramente expuestas en el fallo. "Por consiguiente —dice el funcionario— la demostración de la responsabilidad del recurrente no es producto de un hecho aislado y único, sino de la agrupación de varias pruebas incompletas, cuya existencia procesal, concordancia entre sí y coexistencia con respecto a los delitos investigados, viene a constituír el fundamento jurídico de convicción tenido en cuenta por el fallador para condenar al procesado".

Y termina el concepto, en esta parte, advirtiendo que el demandante debió demostrar que el Tribunal había incurrido en un error notorio o protuberante en la estimación de la prueba, si pretendía que se declarase la existencia de la causal segunda de casación. Al no hacerlo así, este motivo de acusación contra la sentencia, carecía de todo valor o fuerza.

Sobre la causal primera el señor Procurador acepta, como lo dice el demandante, que en el caso a estudio se trata de un concurso ideal o formal de delitos y que, en consecuencia, la pena debe aplicarse teniendo en cuenta la sanción correspondiente al hecho más grave, aumentada hasta en una tercera parte.

"Sobre la base —dice— de que el mínimo correspondiente a la sanción más grave —circulación de moneda falsa— es de 6 años, según lo estatuído en los artículos 214 del Código Penal y 1º del Decreto número 2184 de 1951, debe *casarse* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, reformándola en la proporción en que la honorable Corte estime justa y conveniente".

Consideraciones de la Corte:

Dos fueron las causales de casación presentadas por el demandante: la primera y la segunda, esta como subsidiaria de aquélla.

Se estudiará, no obstante, en primer término la causal segunda, por acomodarse ello mejor a la técnica de casación. En efecto, la demostración del error en la interpretación o apreciación de la prueba por parte del Tribunal, daría campo a examinar las distintas situaciones contempladas en la causal primera.

Causal segunda. El demandante, como se indicó antes, al sustentar este motivo de acusación contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, trata, en breve alegación, de demostrar que se incurrió en grave y notorio error, al apreciar la afirmación de la ofendida, señora Virginia Arango viuda de Martínez, sobre el hecho de haber visto ella en poder del procesado Jiménez Castrillón algunos billetes en todo semejantes a los que le entregó Luque, en pago de la máquina de coser.

Afirma el recurrente que por haber dado a esa declaración el valor de plena prueba, se condenó a su patrocinado "como autor de un delito que no cometió o que, por lo menos no se le demostró a Jiménez Castrillón que lo hubiera cometido".

La exposición es confusa. Por lo cual dice el señor Procurador que "los términos empleados por el libelista inducen a pensar que la impugnación del fallo del *ad quem* solamente está dirigida a desvirtuar los fundamentos de certeza invocados por el juzgador para condenar al procesado Jiménez Castrillón por el delito de circulación de moneda falsa, aceptándose, por ausencia de planteamientos en contra, su coparticipación punible en la consumación del delito de estafa".

En realidad, no fue solamente la declaración de la ofendida la prueba apreciada por el fallador para condenar a Jiménez Castrillón. Otros elementos de convicción, no analizados por el recurrente, fueron tenidos en cuenta en la sentencia acusada. Las mañas y maneras empleadas por el procesado para inducir a la señora Arango de Martínez a vender la máquina de coser, la consecución por éste del dadivoso comprador, la presentación de los billetes que fueron entregados como precio de la compraventa, el dictamen pericial que demuestra la falsedad de los mismos, la recuperación del mueble en poder de la amiga íntima de Jiménez, la conducta asumida en la investigación por el sindicado y por su concubina, etc., fueron otros tantos hechos examinados por el Tribunal en la sentencia de que se trata.

Lo que ocurre es que el demandante toma aisladamente la declaración de la ofendida para llevar a la mente la idea de que sólo ese testimonio dio lugar a la condenación de Jiménez por el delito de "falsificación de moneda".

El hecho de haber visto la señora Arango viuda de Martínez en poder de Jiménez Castrillón una cantidad de billetes en todo semejantes a los que le entregó el comprador en pago de la máquina de coser, "en realidad lo estimó el juzgador como plenamente establecido, con el fin, muy jurídico por cierto, de transformarlo, de mera circunstancia indicadora, en un verdadero indicio, es decir, en una prueba incompleta que al ser unida y analizada en conjunto con otras similares obrantes en autos, vino a servir para reforzar o completar la plena prueba que para condenar exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal".

Ahora bien, ha dicho la Corte que, cuando se alega la causal segunda de casación, el demandante queda obligado a "analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello, porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas las saca el Juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia". (G. J. No. 2149, Tomo LXXIX, pág. 346).

"Es decir, si la sentencia es una resultante o consecuencia de premisas fundadas en los hechos y de las consiguientes apreciaciones jurídicas, síguese de allí que la demanda contra ella debe examinar exactamente los elementos probatorios que aceptó y apreció el fallador. Sólo así se tendrá la visión de conjunto que tuvo éste

para sustentar el fallo". (Cas. de 6 de febrero de 1963. Causa por homicidio contra Luis Felipe Giraldo A.).

Tocaba, pues, al recurrente demostrar que el Tribunal erró en forma notoria o grave en la estimación o apreciación de los hechos, al darle un valor que no tienen o negarles el que les corresponde ciertamente. Ello no se hizo. Simplemente se opuso al criterio del fallador, el concepto muy personal del demandante. Si esto se aceptara, en tal forma, "se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba, por parte de los Tribunales".

No prospera la causal segunda de casación.

Causal primera. En las frases siguientes concreta el cargo la demanda:

"No hay duda que el Tribunal Superior de Buga violó la ley penal porque hizo una aplicación indebida de la misma al condenar a Mario Adán Jiménez Castrillón haciendo de los dos delitos que se le atribuyen, como son el de la *circulación de moneda* y el de *estafa* una pluralidad efectiva y no ficticia, confundiendo el concurso *ideal* o *formal* que resulta de la violación de varias disposiciones de la ley penal con la ejecución de un solo hecho, como lo prevé el artículo 31 del Código Penal, que fue lo mismo que ocurrió en este proceso en que el solo hecho de la compra de la máquina de coser con billetes falsificados, se violaron varias disposiciones de la ley penal, confundiendo, lamentablemente, se repite, este caso con el previsto y sancionado en el artículo 33 del mismo Código que trata del *concurso material* o acumulación de varios delitos que se juzgan, separadamente, en un mismo proceso.

"Y tan diferentes son los dos casos contemplados en las dos citadas disposiciones del Código Penal, que allí mismo se sancionan de muy distinta manera: para el primer caso (el del art. 31) lo sanciona esta disposición con una pena correspondiente al delito más grave, reagravada con una tercera parte de la misma pena. Así, pues, al procesado Jiménez Castrillón se le ha debido imponer esta pena: Tres años de presidio que son los correspondientes al delito más grave, como es el de la *circulación de moneda* (numeral 4º del artículo 214 del Código Penal), reagravada en una tercera parte de la misma pena, o sea un año, quedándole en total una pena de cuatro años de presidio.

"Pero como el Tribunal fallador hizo una indebida aplicación de la ley penal, imponiéndole a Jiménez Castrillón la sanción establecida en el artículo 33 del mismo Código, imponiéndole la pena correspondiente al delito más grave, luego dobló esa pena, ciñéndose al Decreto número 2184 de 1951 y le agregó un año más de prisión por la *estafa*. En total condenó —sin rubor ninguno— a Jiménez Castrillón a la pena de siete años de presidio. En esta aberrante o bárbara pena cayó el impiadoso Juez Segundo Superior y tras él cayó, también el Tribunal, confirmando semejante barbaridad".

Declarada ineficaz la causal segunda, es el caso de examinar si, a pesar de haber el Tribunal apreciado correctamente las pruebas, erró, en cambio, en la interpretación de la ley penal o en la aplicación de la misma. Es preciso, para saberlo con precisión, volver sobre el hecho que dio campo al proceso.

Mario Adán Jiménez Castrillón, comisionista, se presentó a casa de la señora Virginia Arango de Martínez y le habló de negocios de propiedad raíz. Otra vez, el comisionista conversó con la señora Arango y la indujo a vender una máquina de coser, advirtiéndole que tenía un cliente que podía pagar por ella el precio que se le pusiera. Algunos días después Jiménez manifestó a doña Virginia que el comprador estaba pronto a verificar el negocio. El comisionista se alejó, entonces, el cliente llegó y dio por el mueble mencionado la suma de setecientos pesos ($ 700), precio fijado por su dueña. No hubo discusión sobre ese valor, que fue cubierto inmediatamente con billetes de a cien y de a cincuenta pesos.

La máquina fue retirada de la casa de la vendedora y llevada a la de Blanca Cañas Henao, amiga íntima de Jiménez Castrillón, en donde se recuperó posteriormente.

Los billetes, precio del negocio, resultaron ser falsos.

¿Qué delito o cuáles delitos cometieron Jiménez Castrillón y Luque?

El señor Juez Segundo Superior de Buga, en el auto de proceder, los llamó a responder en juicio por "circulación de moneda" y "estafa". El Tribunal de la misma ciudad aceptó esta calificación. Posteriormente, en sentencias de primera y de segunda instancia, se condenó a Jiménez y a Luque a siete (7) años de presidio por "los cargos que les fueron deducidos en el auto de proceder". Para aplicar la pena se estimó que se trataba de un concurso material de delitos y se invocó, por ello, el artículo 33 del Código Penal.

Pues bien, es necesario decir, en primer término, que en el Código Penal Colombiano no se menciona el delito de "circulación de moneda", y sí se habla, en cambio, en el Título VI del Libro II de la mencionada obra, "de la falsificación de monedas, papeles de crédito público y

otros valores''. Dentro de esta denominación se tipifica un delito de falsificación de monedas, que consiste en poner ''a sabiendas'', y ''de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas''. La circulación de moneda legítima no es delito, y ello, no obstante, estaría comprendido dentro de la denominación que trae el auto vocatorio contra Jiménez y Luque.

Se hace esta observación para que, en adelante, los autos de proceder se pronuncien teniendo a la vista los ordenamientos del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, especialmente en lo que dice relación al contenido de la parte resolutiva de los mismos, y se evite así cualquier informalidad o motivo capaz de invalidar la actuación.

El recurrente aspira, como se dijo ya, a que la Corte deseche el concurso material de delitos, aceptado por el Tribunal fallador, y a que se admita, en cambio, la existencia de un concurso formal, pues, en su concepto, se violaron varias disposiciones de la ley penal con un solo hecho. De este parecer es el señor Agente del Ministerio Público.

En realidad, en este caso, como pasa a verse, no hay concurso de delitos. La acción o las acciones imputadas a Jiménez y a Luque buscaban un solo fin —la circulación de la moneda falsa— y dieron nacimiento a un solo delito: el ''de falsificación de monedas'', en tipo específico señalado en el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal. La estafa, cargo deducido contra los procesados, está absorbida por la falsificación de monedas, en la situación contemplada aquí.

En efecto, la estafa es un delito contra la propiedad o el patrimonio. En ella el sujeto activo induce ''maliciosamente al propietario a despojarse de su dominio, haciéndole creer lo falso como verdadero''. El actor se hace entregar la cosa ajena, por medio de artificios o engaños.

En la falsificación de monedas, prevista en el numeral 4º del artículo 214 —cuando por este medio el agente, con perjuicio de tercero, obtiene un provecho ilícito, como en el caso de autos—, se está frente a un típico caso de estafa, ya que el actor, esto es, el que ''a sabiendas'' pone ''de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas'', lo hace para lograr la entrega por ese ''modo'' de una cosa, de un bien o de un valor cualquiera. Existe aquí como medio engañoso la moneda aparente que, por su identidad con la legítima, llega a inducir en engaño a quien la recibe. Así, el que con moneda falsificada o alterada compra un objeto cualquiera, no hace cosa distinta a apropiarse ese bien, valiéndose para ello de un eficaz medio insidioso; quien compra un inmueble y paga el precio con moneda falsa o alterada, lo adquiere, valiéndose, de la misma suerte, de un artificio suficiente para inducir en engaño al vendedor; y quien simplemente cambia una moneda falsa por una legítima, se está haciendo a un valor, utilizando exactamente un ''modo'' para engañar a quien era dueño de la moneda legítima. Hay, pues, como se ve, en los distintos casos en que se pone en circulación moneda falsa, una disminución en el patrimonio de quien la recibe. Y fuera de ello, esto es, de perjudicar el patrimonio individual, se va contra la fe que el Estado ha depositado en la moneda. Sin que falten, desde luego, casos en que el perjuicio es meramente posible y no llega a actualizarse o realizarse, como ocurre también en la estafa.

La estafa se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Inducción en error, con engaños o artificios;

b) Provecho ilícito con perjuicio de otro y

c) Relación de causalidad entre el engaño y la entrega del bien perseguido.

En la circulación de moneda falsa, se exigen los mismos elementos, si bien el delito se caracteriza por un dolo específico, que el legislador señala con la expresión ''a sabiendas'':

a) Se induce en error por medio engañoso, la entrega de la moneda falsa;

b) Se obtiene con ello un provecho ilícito en favor del falsificador y en perjuicio de quien recibe la moneda falsa, y

c) Hay relación de causalidad entre el engaño y la entrega del bien perseguido.

De donde se desprende que el delito de falsificación de monedas, en el caso del numeral 4º del artículo 214, y cuando es medio para obtener un provecho ilícito con perjuicio de tercero, es una estafa especialmente prevista, de vida autónoma, no sólo por la concurrencia en tal delito de los elementos estructurales de tal fraude, sino porque el legislador así lo ha estimado, al sacarlo del Título XVI y colocarlo dentro del Título VI del Código Penal.

Esta obra, en cada uno de sus títulos y capítulos, relaciona hechos que ofenden determinados intereses, que destruyen o ponen en peligro inmediato bienes jurídicos protegidos. Así, en el Título XVI se definen los delitos contra la propiedad. No obstante, hay actividades que afectan el patrimonio de los individuos y que, aún pudiendo situarse dentro de sus previsiones, aparecen contemplados en otros Títulos del Código como entidades autónomas. Tales serían, por ejempo, algunos de los delitos referidos en el

Título IX, que versa sobre "delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio".

En esta forma, el legislador colombiano, después de señalar un género de delitos y dentro de éste las varias especies de los mismos, deja algunos casos para presentarlos en normas concretas diferentes, en vista de los derechos violados y de los intereses protegidos. En el Capítulo IV del Título XVI, se define la estafa, en sentido general, señalando sus elementos estructurales y dejando al intérprete la facultad discrecional para apreciar la capacidad del medio empleado por el estafador para inducir en engaño al estafado. Sin embargo, tipos específicos de estafa, como la falsificación de moneda, en el caso de la circulación, se tienen, no como un simple delito contra el patrimonio, sino como un hecho que por afectar, además, intereses superiores, como es la fe pública, es considerado como infracción independiente, de mayor entidad política, pero sin dejar, a la postre, de ser un verdadero fraude.

"El artificio engañoso —dice Finzi— puede constituír por sí solo un hecho que la ley penal considera delito. Este artificio engañoso que puede representar por sí un delito, se concreta sobre todo en una lesión de la fe pública, que es un interés social que el Estado quiere proteger muy especialmente". (La estafa y otros fraudes, pág. 51).

En el hecho imputado a Jiménez y a Luque, se engañó, es cierto, a la dueña de un objeto, pero el medio empleado para inducir en error a la ofendida, fue la moneda falsa, esto es, se puso en circulación moneda falsa, con el ánimo de sacar de ello un provecho. El beneficio ilícito se obtuvo, al menos momentáneamente, pues la máquina de coser, comprada en los términos que reza el expediente, volvió a manos de su dueña, después de ésta entregarla a los falsificadores de moneda.

Hay, pues, un típico caso de falsificación de moneda, en la forma contemplada en el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal.

Y si fuera de otra suerte, se estaría violando el principio de *non bis in idem*, de acuerdo con el cual a una persona no se puede sancionar en dos ocasiones, por un mismo hecho. Y aquí el hecho es uno solo: la falsificación de moneda, en su circulación, o sea, la estafa por medio o artificio engañoso, que la ley tiene como delito, considerado especialmente, dentro de un título y un capítulo, que no es aquel en donde se definió esa figura delictiva.

No puede, por tanto, hablarse de un concurso de delitos, sino de un simple delito de falsificación de monedas.

Vistas así las cosas, tendrá que admitirse que el Tribunal Superior de Buga, al aplicar la sanción a Jiménez y a Luque, erró en la interpretación de la ley y, por ende, dio a ella una aplicación indebida.

Al considerar el fallador de instancia que se trataba de un concurso material de delitos, aplicó, de acuerdo con el artículo 33 del Código Penal, la pena correspondiente al delito más grave y lo aumentó prudencialmente. Fue así como impuso a los procesados siete (7) años de presidio y sanciones accesorias.

Estimándose por la Corte que no hay concurso, sino un solo delito de falsificación de monedas, la pena imponible es la señalada en el artículo 214 del Código Penal, pero aumentada de acuerdo con el Decreto 2184 de 1951.

Considerada la personalidad del recurrente, se aplicará el mínimo, al reformar la sentencia recurrida.

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 Agente del Ministerio Público, *casa parcialmente* la sentencia de que se trata, en el sentido de imponer a Mario Adán Jiménez Castrillón la pena de seis (6) años de presidio, en lugar de los siete (7) que se le fijaron en la sentencia revisada. Las sanciones accesorias se rebajan, en su duración, a la de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Primitivo Vergara Crespo, Gustavo Rendón Gaviria, Simón Montero Torres.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO DE REVISION

Ordinal 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. — La irregularidad en el procedimiento no da motivo al recurso de revisión. — Presunción de verdad que entraña la cosa juzgada.

1. Cuando como motivo del recurso de revisión de un proceso penal se invoca el contenido en el ordinal 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, alegando que alguno está cumpliendo condena porque es falso algún testimonio que haya podido determinar el fallo respectivo, la demostración de la falsedad debe hacerse en forma plena dentro del término probatorio del recurso, pero ella no puede establecerse con simples argumentos extraídos del contenido de la declaración que se dice falsa, pues el recurso de revisión no tiene por objeto el que se estudien y analicen de nuevo las pruebas que fueron tenidas en cuenta en las sentencias ejecutoriadas, porque la revisión, como en repetidas ocasiones se ha sostenido, no es una tercera instancia.

2. El que a un reo se lo juzgue aplicándole un procedimiento irregular o que se le condene sin que con respecto a él se hayan cumplido todas las garantías procesales establecidas por la Constitución o por la ley, no es motivo para intentar un recurso extraordinario de revisión, pues el error o la irregularidad procesal puede producir una nulidad, que adecuada o técnicamente sólo pueda hacerse valer con fundamento en la causal cuarta de casación, o sea, "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

3. Se ha dicho que la admisión por las leyes y por la ciencia procesal de la revisión de las sentencias firmes, proferidas, tanto en un juicio penal como civil, está en pugna con la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, presunción aceptada constantemente desde el tiempo de los romanistas y según la cual ha de tenerse lo resuelto en dichas sentencias como expresión de la verdad; pero como a la vez no pueden coexistir dos verdades opuestas en relación con un mismo hecho, la verdad formal legal que entraña la sentencia ejecutoriada, no puede estar en pugna con la verdad real cuando ésta resulta comprobada de una manera eficaz e indudable. En consecuencia, los hechos que se aleguen para lograr la revisión de un proceso finalizado por una sentencia firme, deben aparecer demostrados de una manera eficaz e indudable para que tengan la verdad de destruír la presunción de verdad que entraña la cosa juzgada. Por lo tanto, cuando se aducen testimonios para probar el error en que se incurrió en una sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada, esos testimonios deben ser de tal naturaleza y calidad y de tal valor probatorio que lleven a la Corte la íntima convicción de que realmente se cometió un error grave y una gran injusticia al fallar el proceso cuya revisión se pretende.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, abril cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

Se procede a decidir el recurso extraordinario de revisión propuesto por el abogado doctor Néstor Aya Z., como apoderado especial de Leovigildo Ibagué, contra las sentencias ejecutoriadas proferidas contra este sujeto por el Juzgado Segundo Superior de Ibagué, el 5 de diciembre de 1959, y por el Tribunal Superior de dicha ciudad, el cuatro de agosto de 1960, fallos en los que se lo condenó, junto con otros individuos, a la pena

principal de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes, como coautor del delito agravado de homicidio consumado en la persona de Aquimín Rogeles.

Antecedentes.

Los hechos que dieron origen al proceso de cuya revisión se trata, los resume el fallo de primer grado en los términos siguientes:

"Por razones de inseguridad personal el señor Aquimín Rogeles se vio obligado a abandonar la región de 'Quebradanegra', en el Municipio de Anzoátegui, donde residía y poseía algunas propiedades, para ir a vivir a la población de Pereira. A su regreso el 30 de marzo de 1957, creyendo que ya había desaparecido el peligro, un oscuro grupo de criminales lo acechó por el camino, y derribándolo de la bestia que montaba, luego de atarlo a un palo, le dieron muerte cobarde mediante disparos de carabina y pistola, abandonando después su cadáver sobre una piedra a cuatro metros de distancia de la casa deshabitada de Daniel Hernández en la nombrada fracción de 'Quebradanegra' y a la orilla del camino que de la población de Santa Isabel conducía a aquélla".

Después de estudiar el contenido de algunas declaraciones, especialmente la del menor Pedro Pablo García, testigo presencial de los hechos, las de María de los Angeles García y Rosalina Ceballos, hermana y madre de aquél, así como las de los hermanos Daniel y Bertulio García, y la de Vitalina Hernández de Giraldo, como también la indagatoria del sindicado José Antonio Serna Campiño, el Juez de primera instancia llega a las conclusiones siguientes:

"La prueba de cargo compromete en forma grave a los sindicados José Antonio Serna Campiño, Luis Alberto Serna, Leovigildo Ibagué y Gustavo Martínez. De los nombrados únicamente rindió indagatoria el primero, a quien las gentes de la región donde el ilícito se cometió, conocían con el nombre de Fidel Serna. No suministró en sus exposiciones dato alguno que hubiera permitido verificar sus movimientos en la tarde del 30 de marzo de 1957, y, antes bien, incurrió en contradicciones flagrantes al decir primero que ese día estaba trabajando por los lados del páramo y después informar que estuvo en compañía de su hermano Luis Alberto Serna y Leovigildo Ibagué, o sea, dos de los individuos a quienes el menor Pedro Pablo García vio cometer el delito. Manifestó que no conocía a Fidel Serna, cuando es lo cierto que ese era el nombre que le daban en la comarca y donde nadie sabía quién era José Antonio Serna Campiño. Tampoco supo dar razón de Gustavo Martínez y José Giraldo, pero lo evidente fue que con los mencionados se retiró el día de autos de la casa de Saturnino Giraldo.

"Figura en el proceso la declaración del menor Pedro Pablo García. Conforme a tal testimonio, en la muerte de Rogeles únicamente intervinieron cuatro sujetos de los que se vienen mencionando en esta providencia, ya que guardó silencio en relación a José Giraldo. Rosalina Ceballos de García refiere que en la mañana del sábado vio por los alrededores del puente del río Totare a cinco individuos y hasta uno le dijo que estaban esperando un venado y aun cuando no hace referencia a José Giraldo, habla de que hacía parte de esos cinco individuos, el sujeto Bertulfo Giraldo, y que todos tenían escopetas.

"Teniendo en cuenta la exposición del menor García y la prueba circunstancial que la apuntala, ha de llegarse a la conclusión de que surge del proceso prueba suficiente para tener como responsables de la muerte de Aquimín Rogeles a los sujetos José Antonio Serna Campiño, Luis Alberto Serna, Leovigildo Ibagué y Gustavo Martínez, pues no podría tacharse de fabulesca la versión que suministra, ya que contiene gran número de datos que guardan especiales puntos de contacto con otras pruebas del proceso. Con efecto; expresó que momentos antes de pasar el señor Rogeles, por el mismo camino subió Rafael Antonio Laserna o Serna, y, efectivamente, consta que así sucedió, o sea que el mentado sujeto cruzó por ese camino antes de producirse el crimen. Dijo que los asesinos le habían dejado la peinilla en la cintura, y, según el acta de levantamiento, de esa arma no fue despojado el cadáver. Además, ateniéndonos a la versión del menor, el asalto a Rogeles se consumó en el cañaduzal y se le desvió del camino con dirección a la casa abandonada de Daniel Hernández, donde lo remataron; y resulta que los dos primeros disparos se percibieron, por las personas que de ellos hablan, cerca al puente y los restantes, ocho o nueve, en la casa de Hernández. Por otra parte, si como lo dice Rosaelina Hernández de García, sus hijos llegaron a decirle que corriera que estaban matando a don Aquimín, ello sólo se explica porque Pedro Pablo sí se dio cuenta de la agresión y de los disparos que contra aquél se efectuaron. Y hay otra cosa: cuando las gentes de la fracción de 'Quebradanegra' concurrieron con las autoridades de Santa Isabel a efectuar el levantamiento del cadáver de Rogeles, los únicos que no asistieron fueron quienes aparecen como sindicados. La declaración del menor García, unida a las demás, prueba indiciaria ya estudia-

da, da al Juzgado la convicción y la certeza nenesarias para concluír que los precitados individuos son responsables del delito, y cabe proferir en su contra sentencia condenatoria al tenor de lo que dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal".

A pesar de haberse consumado el delito de homicidio en la persona de Aquimín Rogeles, el 30 de marzo de 1957, al proceso se le aplicó la tramitación especial establecida en el Decreto 0012 de 1959, en atención a que cuando éste entró en vigencia apenas se encontraba el negocio en la etapa sumarial y aún no se había cerrado la investigación, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal c) del artículo 10 de este Decreto.

Demanda de revisión.

La demanda en que el señor apoderado de Leovigildo Ibagué, propone el recurso de revisión, es un corto escrito que poco se ajusta a la técnica de este recurso, pues ni siquiera señala en él con precisión cuáles son en concreto los motivos legales en que fundamenta este recurso extraordinario, ya que solamente al final expresa que: "me fundo para solicitar esta revisión en dos de las causales establecidas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, o sean la de que el fallo se fundó en una prueba falsa y la de que se han presentado hechos nuevos que inciden sobre la responsabilidad de los sindicados y que no se conocían al tiempo de proferirse el fallo".

Interpretando el contenido de esta imprecisa referencia, se puede concluír que los motivos de revisión que el actor invoca son los establecidos en los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, cuyos textos son del tenor siguiente:

"3º Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo...;

"5º 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 la demanda es importante copiar, a continuación, los siguientes apartes, en la que se exponen las razones o motivos por los que, en concepto del recurrente, se impone la revisión del proceso seguido contra Leovigildo Ibagué, así:

"Dicha investigación siguió el trámite ordinario establecido en el Código de Procedimiento Penal hasta el día 22 de junio de 1959, en que el señor Juez Segundo Superior de Ibagué, a quien había correspondido el juzgamiento por competencia y por reparto, resolvió imprimirle a ella la tramitación establecida en el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959.

"Desde ese momento procesal el proceso siguió una tramitación arbitraria, contraria a la ley y a la Constitución, que ordenan que la ley permisiva o favorable se aplique de preferencia, y porque habiendo ocurrido el hecho criminoso en el mes de marzo de 1957 se ha debido tramitar hasta su terminación mediante la ley procesal vigente en ese momento que era la más permisiva o favorable para los sindicados...".

"Con base en las supuestas facultades conferidas por el Decreto 0012 de 1959, el señor Juez Segundo Superior de Ibagué procedió a decidir en el fondo el negocio, fallando en derecho, arrebatándoles a los sindicados, entre los cuales está mi mandante, el derecho de ser juzgados en conciencia, por medio de Jueces populares y mediante audiencia pública. Además de eso les mutiló los recursos y facultades que consagra en estos casos el Código de Procedimiento Penal.

"El fallo del Juez proferido en 5 de diciembre de 1959 y en él se condena a Leovigildo Ibagué, junto con otros sindicados a la pena principal de veinte años de presidio y a las demás penas accesorias.

"Apelado este fallo para ante el honorable Tribunal Superior de Ibagué, y tramitada la segunda instancia, también de conformidad con el procedimiento del Decreto 0012 de 1959, esa corporación profirió el día 4 de agosto de 1960 la sentencia correspondiente, en la cual se reformó en parte la decisión del Juzgado, reforma que en nada cambió la situación procesal de Leovigildo Ibagué.

"Desgraciadamente el negocio no fue a la honorable Corte en casación, porque si tal cosa hubiera ocurrido es lógico suponer que esa honorable corporación hubiera invalidado esa sentencia y hubiera ordenado reponer lo actuado mediante los trámites propios y legales".

Así mismo el demandante presente como motivos que justifican la revisión, los que invoca en los términos siguientes:

"A Leovigildo Ibagué se le presenta como uno de los autores de la muerte de don Aquimín Rogeles. El principal testimonio consiste en la de-

claración del menor Pedro Pablo García, pero es un hecho procesal evidente que esta prueba es falsa, que no puede tener valor de ninguna naturaleza, y que con base en ella no se puede sustentar condena de ninguna naturaleza, porque con ello se pecaría contra las más elementales normas del Derecho y se violaría en forma flagrante la ley. Es falsa porque aparece el testigo declarando el día 7 de febrero de 1957 sobre la muerte del señor Rogeles, y resulta que esa muerte ocurrió en 30 de marzo del mismo año, es decir, un mes y medio después de la declaración del testigo. Como los actos procesales se determinan por la fecha de ellos, es lógico y natural que esa declaración no pueda ser considerada como elemento de prueba de ninguna naturaleza, toda vez un testigo no puede estar en febrero declarando sobre un hecho que todavía no había ocurrido.

"Pero hay algo más: ese menor, lo mismo que su hermana y su mamá, fueron llevados a la fuerza a declarar por personas interesadas en perjudicar a mi representado señor Ibagué. Este no estaba en el sitio de los hechos ni salió de su casa. Así lo compruebo con las declaraciones extrajuicio que acompaño a esta demanda".

Las declaraciones extrajuicio a que el demandante hace referencia son los testimonios de Matilde Rincón de Granada, comadre del reo Leovigildo Ibagué, y Eduardo Granada, hijo de la anterior. Con estos testimonios, rendidos y ratificados cinco años después del asesinato consumado en Aquimín Rogeles, y cuyo valor probatorio se apreciará más adelante, se pretende demostrar la coartada de Leovigildo Ibagué.

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, pide que se niegue la revisión del proceso que se adelantó contra Leovigildo Ibagué, por estimar que los motivos invocados carecen de valor y de fundamento serio para que ellos puedan hacer prosperar este recurso extraordinario.

Para fundamentar su concepto, el señor colaborador Fiscal, después de hacer un análisis del contenido de la demanda de revisión, razona de la manera siguiente:

"Es evidente lo afirmado por el señor abogado demandante en el sentido de que el proceso a que dio lugar la muerte violenta ocasionada al señor Aquimín Rogeles, recibió, a partir del auto que obra al folio 12 vto. del cuaderno principal, y ya bien avanzada la investigación, la tramitación prevista en el Decreto legislativo número 0012 de 1959, el cual no regía a la época del acontecimiento delictuoso mencionado.

"Es, así mismo, cierto que algunas disposiciones del mencionado estatuto fueron declaradas inconstitucionales por sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, cuya parte pertinente fue traída a los autos (fl. 41 vto. cuaderno de la honorable Corte).

"Pero es también incuestionable que ninguna de esas dos circunstancias, ni aislada ni conjuntamente, pueden considerarse como motivos o causales de revisión.

"La aplicación errada del estatuto extraordinario mencionado, es tema de estudio única y exclusivamente del recurso extraordinario de casación; y, aunque tal aplicación envuelve y conlleva una nulidad sustancial o supralegal, ella no puede ni legal, ni jurídica, ni técnicamente declararse por medio del recurso extraordinario de revisión, el cual se basa en otros principios y persigue otros fines o propósitos, y ofrece, lógicamente, otros resultados legales, jurídicos y procedimentales.

"Por otra parte, alegar que la declaratoria de inexequibilidad parcial de un determinado estatuto procedimental o adjetivo puede considerarse como 'hecho nuevo' que 'establezca la inocencia o la irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituya siquiera indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad', no es otra cosa que una original y peregrina idea del recurrente. Nada más y nada menos.

"No tiene, pues, razón alguna ni fundamento serio la causal 5ª de revisión invocada y desarrollada en la forma de que da cuenta la demanda.

"Y esta expresa anotación se formula debido a que en el cuaderno de la honorable Corte figuran y han sido traídas al recurso dos declaraciones, la de la señora Matilde Rincón de Granada y la de su hijo Eduardo (fs. 53 vto. y 63), con las cuales se pretende establecer una coartada a favor del reo Leovigildo Ibagué.

"Pero es lo cierto que en ninguna parte de la demanda de revisión se citan esos testigos, se mencionan las declaraciones por ellos rendidas extrajudicialmente, como tampoco se hace valer su existencia y su valor legal y jurídico, y los efectos de las mismas, sus fines, etc.

"No corresponde a la Procuraduría y, por ende, a la honorable Corte, antes por el contrario, le está vedado entrar a considerar o estimar esas circunstancias y esos elementos no mencionados por el recurrente en su demanda, suplendo así el pensamiento de su autor, o interpre-

tando sus intenciones o suposiciones, careciendo para ello de fundamento alguno.

"Que en la demanda se diga que Leovigildo Ibagué 'no estaba en el sitio de los hechos ni salió de su casa. Así lo compruebo con las declaraciones extrajuicio que acompaño a esta demanda' (y esto de una manera incidental, simplemente al enunciarse el que las declaraciones de la señora Rosalina Ceballos de García y de sus menores hijos Pedro Pablo y María de los Angeles habían sido obtenidas forzadamente), no autoriza para pensar en qué más trató de decir el demandante, qué manifestó expresamente desde el punto de vista de la causal de revisión que se estudia, vale decir como hecho nuevo o como la presentación de 'pruebas no conocidas al tiempo de los debates', debido ello a que el reo Leovigildo Ibagué fue condenado en ausencia, y ni siquiera fue indagatoriado, ya que su captura se efectuó después de pronunciados los fallos, cuya revisión se solicita.

"b) Por lo que atañe a la causal tercera de revisión, observa la Procuraduría lo siguiente:

"Aplicando la Procuraduría un amplio criterio, bien puede decirse que el señor abogado demandante intentó plantear a la honorable Corte dos hipótesis a la luz de esta causal de revisión:

"La primera, una falsedad formal o material que radicaría en un error en la fecha de la rendición del testimonio del menor Pedro Pablo García, consistente en haber puesto 'febrero' en lugar de abril, mes verdadero en el cual se efectuó la declaración mencionada, y lo cual claramente se comprende al observar el lugar en el que aparece allegada al expediente la declaración en mientes (fl. 16 del cuaderno principal), esto es, inmediatamente después de los testimonios de Blanca Cenaida Trujillo viuda de Rogeles, Daniel Giraldo y José Betulio Giraldo, en la cual, tomada el mismo día de la del menor García, se incurrió en otro error análogo y consistente en haber escrito 'marzo' en vez de abril; e inmediatamente antes de las declaraciones de María de los Angeles García, en la cual, tomada el mismo día, se incurrió también en el error de decir 'marzo' en cambio de abril, y de Rosalina Ceballos de García, ya con su fecha correcta.

"Por lo que se ve, el cargo es sencillamente impertinente.

"La segunda hipótesis, una falsedad ideológica, proveniente de las declaraciones de la señora de Granada y de su hijo ya citadas, y con las cuales se pretende establecer una coartada a favor del reo Leovigildo Ibagué.

"Al respecto se anota que no es la causal tercera de revisión vía que la técnica jurídica señale para que pueda hacerse valer una coartada dependiente de una nueva prueba. Bien se sabe que sería la causal quinta.

"Pero, por otro lado, se tiene que no solamente la declaración del menor García señala la presencia de Leovigildo Ibagué en los contornos del lugar donde se cometió el asesinato del señor Rogeles, sino que esa presencia también la indican los testimonios de Rosalina Ceballos de García (fls. 3 y 17 vto., cuad. principal), desde el mismo momento del levantamiento del cadáver; Daniel Giraldo (fl. 14, id.), José Betulio Giraldo (fl. 15, id.), Vitalina Hernández de Giraldo (fl. 86 vto., id.). Y la acepta José Antonio Serna Campiño en sus careos con José Daniel Giraldo (fl. 87, id.), y Betulio Giraldo (fl. 88 vto), todo lo cual deja sin valor alguno el supuesto *alibi* que ha querido establecerse con motivo del presente recurso extraordinario de revisión por medio de dos testimonios expresamente preparados para el efecto.

"Igualmente, obsérvase que la afirmación del señor abogado demandante de que los declarantes Ceballos de García y dos hijos 'fueron llevados a la fuerza a declarar por personas interesadas en perjudicar a mi representado, señor Ibagué", carece totalmente de comprobación alguna aparte de que no se comprende, examinando el proceso, cómo ello pudo haber ocurrido, pues la presencia de la señora mencionada y de sus hijos en las inmediaciones del lugar de los acontecimientos es relatada por varios de los declarantes que obran en el proceso y que comparecieron a la diligencia del levantamiento del cadáver, y allí hicieron sus primeras declaraciones y, en el curso de todas ellas, no señalaron única y exclusivamente a Leovigildo Ibagué".

Estudio del recurso.

Aunque, como se ha visto, la demanda es imprecisa en cuanto a los motivos legales que en ella se invocan para proponer el recurso extraordinario de revisión, no obstante, del contenido de ella, como lo hace el señor Agente del Ministerio Público, se puede concluír que dichos motivos son los previstos en los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Con fundamento en el ordinal 3º, como es lógico suponer, el recurrente alega que el principal testimonio que sirvió para condenar al reo Leovigildo Ibagué, o sea el del menor Pedro Pablo

García, "es prueba falsa, que no puede tener valor de ninguna naturaleza y que con base en ella no se puede sustentar condena de ninguna naturaleza".

El actor pretende deducir la falsedad de este testimonio del argumento de que "aparece el testigo declarando el día 7 de febrero de 1957 sobre la muerte del señor Rogeles, y resulta que esa muerte ocurrió en 30 de marzo del mismo año, es decir, un mes y medio después de la declaración del testigo".

En relación con este cargo de falsedad que se hace al testimonio del citado menor García, cabe observar que aunque es cierto, de acuerdo con el acta que contiene su declaración y que obra al folio 16 del cuaderno principal, que éste aparece rindiendo su declaración "a los ocho días del mes de febrero de mil novecientos cincuenta y siete", es decir, con anterioridad a la muerte del señor Aquimín Rogeles, de esto lo único que en rigor lógico se puede concluír es que hubo un yerro mecanográfico en cuanto a la verdadera fecha en que dio su testimonio, pero no se puede deducir, como lo hace el demandante, que todo el contenido de dicha declaración, que es lo que importa, sea falsa o mentirosa, cosa que sin demostración alguna, distinta del expresado argumento, sostiene el actor. En relación con el error o yerro en que se incurrió en el proceso seguido a Leovigildo Ibagué, con respecto a la fecha de la declaración, ello no solamente se debe predicar del testimonio del citado menor García, sino con respecto a otros declarantes, como lo anota el señor colaborador Fiscal, y lo que es tal vez de mayor gravedad, con relación a la fecha de la diligencia de levantamiento del cadáver, la que en la respectiva acta figura como realizada el 31 de marzo de 1951, o sea cinco años atrás a la fecha en que realmente se cumplió. Sin embargo, ni el mismo demandante se ha atrevido a alegar ni a sostener la falsedad de esta diligencia ni la de los otros testimonios respecto a los cuales se incurrió en igual irregularidad. Lo único que revela todo esto es que en el proceso hubo un notorio descuido por parte de la persona o funcionario encargado de escribir o redactar los actos de la investigación.

Por esto y en relación con la irregularidad en que se incurrió en la redacción de la diligencia de levantamiento del cadáver, el Juez de primera instancia, con toda razón, observa que: "tal hecho no puede desconocerse por razón de la informalidad anotada por el señor Fiscal en otra ocasión sobre que la diligencia de levantamiento fue fechada el '31 de marzo de 1951', pues ese error casual o malicioso, procesalmente no tiene el efecto de hacer morir a Aquimín Rogeles cinco años atrás al 30 de marzo de 1957".

Indudablemente que el error en cuanto a la fecha de una diligencia es una irregularidad, pero ella no puede tener el alcance que pretende darle el demandante, en el sentido de que esta sola irregularidad sirva para demostrar que todo lo que contiene la diligencia mal fechada es falso o mentiroso.

Cuando como motivo del recurso de revisión de un proceso penal se invoca el contenido en el ordinal 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, alegando que alguno está cumpliendo condena porque es falso algún testimonio que haya podido determinar el fallo respectivo, la demostración de la falsedad debe hacerse en forma plena dentro del término probatorio del recurso, pero ella no puede establecerse con simples argumentos extraídos del contenido de la declaración que se dice falsa, pues el recurso de revisión no tiene por objeto el que se estudien y analicen de nuevo las pruebas que fueron tenidas en cuenta en las sentencias ejecutoriadas, porque la revisión, como en repetidas ocasiones se ha sostenido, no es una tercera instancia.

Por lo anterior, se ve que el cargo de falsedad que el demandante hace con respecto al testimonio del menor Pedro Pablo García, resulta "sencillamente impertinente", como lo dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Con relación al motivo de impugnación consistente en que el reo Leovigildo Ibagué fue juzgado de acuerdo con el procedimiento excepcional establecido por el Decreto legislativo número 0012, el cual no regía al tiempo en que ocurrió el delito por el cual se lo juzgó, la Sala comparte, en un todo, la réplica muy fundamentada en razones de orden técnico, que el señor colaborador le hace a dicho cargo. El que a un reo se lo juzgue aplicándole un procedimiento irregular o que se le condene sin que con respecto a él se hayan cumplido todas las garantías procesales establecidas por la Constitución o por la ley, no es motivo para intentar un recurso extraordinario de revisión, pues el error o la irregularidad procesal puede producir una nulidad, que adecuada y técnicamente sólo puede hacerse valer con fudamento en la causal cuarta de casación, o sea "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

En cuanto a las declaraciones de la señora Matilde Rincón de Granada y la de su hijo Eduardo Granada, recibidas en un principio extrajuicio y ratificadas dentro del término probatorio del recurso, y con las cuales el demandante pretende demostrar una coartada del reo Leovigildo Iba-

gué, estima la Sala que ellas son sumamente sospechosas, no solamente por motivo del largo lapso transcurrido entre los hechos sobre los cuales declaran y el momento en que rinden su deposición (cerca de cinco años), sino y principalmente por cuanto dichas declaraciones resultan contradictorias en su mismo contenido, pues mientras por un lado afirman que el día y hora en que dieron muerte a Aquimín Rogeles el reo Leovigildo Ibagué permaneció en su casa atendiendo a una hija suya, que se encontraba enferma, por otro lado, la citada señora Rincón al preguntársele acerca de la fecha en que ocurrió la muerte de Rogeles, contesta que "no recuerdo ya del día ni la fecha, pero me parece que fue en el mes de marzo de mil novecientos cincuenta y siete". En la misma contradicción incurre el menor Eduardo Granada, pues en relación con el día del homicidio de Rogeles expresa "no estoy bien seguro, sucedieron, me parece, que fue el día 30 de marzo de 1957".

De modo que si estos declarantes no recordaban ni estaban seguros, cuando rindieron sus testimonios de la fecha de la muerte de Rogeles, mal podían afirmar que en tal fecha, y aun en la hora en que esto sucedió, el reo Leovigildo Ibagué se encontraba en su casa de habitación en compañía de su familia y de los deponentes.

Se ha dicho que la admisión por las leyes y por la ciencia procesal de la revisión de las sentencias firmes, proferidas, tanto en un juicio penal como civil, está en pugna con la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, presunción aceptada constantemente desde el tiempo de los romanistas, y según la cual ha de tenerse lo resuelto en dichas sentencias como expresión de la verdad; pero como a la vez no pueden coexistir dos verdades opuestas en relación con un mismo hecho, la verdad formal legal que entraña la sentencia ejecutoriada, no puede estar en pugna con la verdad *real* cuando ésta resulta comprobada de una manera eficaz e indudable. En consecuencia, los hechos que se aleguen para lograr la revisión de un proceso finalizado por una sentencia firme, deben aparecer demostrados de una manera eficaz e indudable, para que tengan la virtud de destruír la presunción de verdad que entraña la cosa juzgada. Por lo tanto, cuando se aducen testimonios para probar el error en que se incurrió en una sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada, esos testimonios deben ser de tal naturaleza y calidad y de tal valor probatorio, que lleven a la Corte la íntima convicción de que realmente se cometió un error grave y una gran injusticia al fallar el proceso cuya revisión se pretende.

Según se ha visto, los motivos invocados para lograr la revisión del proceso en el cual se condenó a Leovigildo Ibagué como coautor del homicidio con caracteres de asesinato, consumado en Aquimín Rogeles, carecen de suficiente validez y respaldo probatorio para que ellos puedan determinar dicha revisión, la que, en consecuencia debe negarse.

En virtud de 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 y de acuerdo con él, *niega* la revisión del proceso seguido contra el reo Leovigildo Ibagué, a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el proceso original al Juzgado de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ESTAFA

Daño patrimonial ocasionado mediante engaño malicioso. — Apreciación de documentos como medios probatorios. — Causal 2ª de casación. — Gravedad y modalidades del hecho delictuoso. — Oportunidades que se dan a las partes para pronunciarse frente a un dictamen pericial. — Típico caso de estafa.

1. Los documentos de que habla el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal "son plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe".

El doctor Gustavo Rendón Gaviria en "El Procedimiento Penal Colombiano", al comentar el artículo 251 antes citado, enseña: "La apreciación de los documentos como medios probatorios sigue en principio las normas consagradas en el Código Civil y el Código Judicial, pero por razones que tienen que ver con la diferencia existente entre las relaciones de orden civil y las que resulten por violación de las disposiciones penales, la rigidez formalista impuesta a la prueba documental por aquellos estatutos legales no es admisible en investigación de juicios criminales".

De ahí que en los fallos dictados en este proceso, nada se hubiera definido sobre la validez o inoperancia de la escritura número 2024 de 31 de diciembre de 1959, de la Notaría del Circuito de Villavicencio.

2. Cuando se invoca la causal segunda de casación el demandante debe tomarse el trabajo de analizar una a una las pruebas de que se valió el fallador para sustentar su decisión. La sentencia —se ha dicho en varias oportunidades— es la consecuencia del análisis probatorio llevado a término por el sentenciador. De esta suerte, quien pretende destruír la conclusión, está obligado a demostrar que las pruebas en que se basó ella fueron erróneamente interpretadas, o bien que se les dio un valor que, en realidad, no tienen, o que se desestimó el valor que les corresponde.

3. El fallador ad quem examinó "la personalidad antisocial del reo, quien abusó de la ignorancia y sencillez del ofendido para llevarlo por diversos medios hasta entregar parte de su finca. Al mismo tiempo consideró que algunos antecedentes del sindicado —en varias regiones se le ha imputado la comisión de delitos semejantes al de que aquí se trata— lo hacían aparecer como especialmente temible para la sociedad. Y de acuerdo con el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, al aplicar la sanción, tuvo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los móviles del mismo, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente.

4. En realidad, el dictamen pericial no fué puesto en conocimiento de las partes, pero éstas estaban facultadas por el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal para objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, antes de que el proceso entrara al despacho del Juez para sentencia.

Son, pues, dos las oportunidades que se dan a las partes para pronunciarse frente a un dictamen pericial. Al ponerlo en conocimiento de ellas, o bien hasta el momento mismo en que el negocio llegue al despacho del Juez, para sentencia.

Aquí hubo una informalidad: no se puso el dictamen en conocimiento de las partes, para que se pidiera su ampliación, aclaración o explicación. Y las partes no solicitaron nada con relación al mismo, aunque pudieron hacerlo. De donde se desprende que aquella informalidad no podía generar nulidad, y menos de carácter supralegal, pues que el derecho de defensa no se suprimía. Porque el dictamen era claro, el Tribunal lo acogió, en vista de que no fue objetado en ningún instante.

5. Se está frente a un típico caso de estafa. Todos los elementos de la figura delictiva se han demostrado en este proceso. El sujeto activo del delito, hombre acostumbrado a engañar, indujo en error, con medios artificiosos de notoria eficacia al ofendido. Por tales motivos se obtuvo un provecho ilícito, con perjuicio del estafado, pues logró de éste el otorgamiento de la escritura de venta de un inmueble. Y es perfecta la relación de causalidad entre el engaño y el otorgamiento del mencionado título.

Se presentó, por tanto, como dice von Liszt, "un daño patrimonial ocasionado mediante un engaño malicioso, con el objeto de procurar a otro un provecho ilícito".

Y dentro de los medios engañosos empleados, logró el estafador que otras personas le entregaran algún dinero, cometiendo con éstas igual delito al procurado con la víctima de esta estafa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

Por sentencia de 3 de mayo de 1962, el Tribunal Superior de Villavicencio condenó a Marco Enrique Sarmiento Suárez a seis (6) años de prisión y sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de estafa. Reformó así la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, de 30 de octubre de 1961, en la que se le había condenado a cuatro (4) años y ocho (8) meses de prisión.

Contra el referido fallo recurrió en casación el procesado.

Admitido el recurso y corridos los traslados de rigor, ha llegado el momento de decidir. Se han producido la demanda de casación, el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y un memorial del apoderado de la parte civil, en el que se impugna aquélla.

Los antecedentes.

Este proceso se adelantó de acuerdo con el Decreto 0014 de 1955, y los hechos que dieron origen a él aparecen narrados con toda amplitud por el señor Fiscal del Tribunal fallador.

Son así:

"Edgar Orozco Pizarro compró a Gustavo Gutiérrez, mediante escritura pública número 89, corrida en la Notaría de San Martín el veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, una finca denominada 'El Delirio' o 'Palmarito', ubicada en el mismo Municipio de San Martín, con extensión superficiaria de ciento cincuenta (150) hectáreas, por la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00) moneda legal.

"Para el año de mil novecientos cincuenta y nueve, Orozco Pizarro había gravado su propiedad con una obligación hipotecaria de diez mil pesos, en favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Agencia de San Martín, obligación que debía saldar, por vencida, el seis de noviembre del indicado año, según consta del oficio de mayo 12 de 1961, suscrito por el Secretario de la dicha entidad (folio 129, cuaderno 1º).

"Precisamente en dicho año de 1959 vino a residenciarse a esta ciudad Marco Enrique Sarmiento Suárez, y estableció una oficina de comisiones, de compra y venta de bienes raíces, de rifas y de otras cosas por el estilo, según la propaganda que hizo circular en esta ciudad y en otras poblaciones del Departamento.

"Preocupado Orozco Pizarro por la obligación pendiente con la Caja de Crédito Agrario, y llevado por la propaganda efectuada por el sindicado, se acercó a la oficina de éste para pedirle le consiguiera un comprador para su finca 'El Delirio' o 'Palmarito', a lo cual se comprometió el sindicado, exigiendo como comisión un determinado porcentaje, caso de efectuarse la venta por su conducto.

"Transcurridas algunas semanas, Orozco Pizarro regresó a la oficina del comisionista a inquirir por el resultado de la comisión, recibiendo por respuesta la disculpa de que, en razón de la situación política y económica, era un tanto difícil llevar a efecto la venta. Sin embargo, el sindicado le propuso rifar la propiedad, mediante boletas que se venderían en todo el ámbito del país, garantizándole un gran éxito económico que lo solventaría de todas sus preocupaciones económicas y le daría jugosas ganancias. A Orozco Pizarro, campesino trabajador, honrado y, por tanto, confiado, le pareció excelente la idea. Y así, después de oír las explicaciones y las posibilidades fabulosas que le pintaba el comisionista Sarmiento, aceptó la propuesta y empezó a cumplir las órdenes y consignas de éste.

"El sindicado, para dar mayor apariencia a sus afirmaciones y crear en la conciencia del de-

nunciante la seguridad y la confianza requeridas para llevar a efecto su propósito, escribió un documento en el que aparece un contrato celebrado entre el denunciante y denunciado, según el cual 'Orozco cede al señor Sarmiento la hacienda 'El Delirio' para que la rife, y el señor Sarmiento reciba desde la fecha la citada finca para tal fin de la rifa...'. '... 7º Que desde hoy queda entregada la citada hacienda al señor Sarmiento, y los usufructos de la citada finca serán de por mitad repartidas (sic) mientras se hace entrega a la persona favorecida en el sorteo...'. '...9º Que la fecha del día del sorteo y la cantidad de boletas será de a común acuerdo entre los contratantes y los gastos totales que demande la organización y demás de la rifa será de cargo de las mismas boletas vendidas, y ambos contratantes pondrán sus actividades para tal fin...'. '... 11. Que el señor Sarmiento se compromete a gestionar el papeleo que hubiere necesidad para la rifa...'. '...13. Que en el caso del señor Orozco desistir de tal negocio pagará al señor Sarmiento el valor de la mitad de la finca inmediatamente o quedará el señor Sarmiento con el derecho de la mitad de la (finca) hacienda aquí mencionada...'.

"El documento fue suscrito por los contratantes, en el que se hacía constar el contrato celebrado entre Sarmiento Suárez y Orozco Pizarro, para efectuar la rifa de la misma propiedad, y en él aparecen cláusulas semejantes a la del anterior, con la modificación introducida en este contrato en la cláusula novena, en la que se hace constar que se mandarán a elaborar treinta mil (30.000) boletas por valor de tres pesos ($ 3.00) cada una, y que los dineros que produzca esta venta 'ingresarán a los fondos de los dos socios', y en la cláusula décima, en la que se establece 'que lo que entra en el sorteo es únicamente lo que figura en el título de adjudicación y el resto queda para que los dos socios destinen para que les debe producir (sic) mejor y organizar en él el negocio que mejor les convenga, y pedir la titulación a nombre de la sociedad...'.

"También hizo un memorial al Alcalde Municipal de San Martín, suscrito por Sarmiento y Orozco, pidiendo 'se digne concedernos permiso para rifar parte de la hacienda el delirio (sic), de conformidad con lo dispuesto en la Ley 19 de 1932 y la Ley 33 de 1948, Decreto reglamentario 054 de 1958, sobre rifas y sorteos'. Y al pie de esta solicitud se suscribió una razón secretarial que lleva la fecha de diciembre nueve de mil novecientos cincuenta y nueve, de que fue presentado personalmente por los peticionarios, quienes se identificaron legalmente. Y a continuación de esta razón o constancia secretarial, un pseudo auto, en el que la Alcaldía de San Martín concede el permiso solicitado. Pero sin que la razón o constancia secretarial, ni el pseudo auto referido, lleven firma alguna (fl. 15, cuad. 3º, Parte Civil).

"No obstante no existir permiso, al folio 18 del mismo cuaderno, aparece una solicitud dirigida al Notario 'Público Principal de Villavicencio', encaminada a conseguir una certificación 'en relación del permiso que nos dio el señor Alcalde de San Martín para rifar la finca 'Iracá', con fecha 17 de diciembre de 1959, que somos los directos Rifantes, y por lo cual podemos portar los papeles correspondientes'. Como era apenas obvio, el Notario no podía dar o expedir tal certificación, porque el permiso no existía. Y entonces se limitó a suscribir una constancia en la que aparece que la solicitud anterior fue presentada personalmente por Sarmiento y Orozco, quienes dijeron 'que el anterior documento es cierto y verdadero, y que la firma puesta al pie es de su puño y letra y que es la misma que usa y acostumbra en los actos de su vida pública y privada' (fl. 18, cuad. 3º, Parte Civil).

"Por esta misma época Sarmiento Suárez se dirigió a la Compañía Colombiana de Seguros, Agencia de esta ciudad, en solicitud de una fianza de cumplimiento para garantizar la rifa de una finca, y como la mencionada entidad le solicitara o le exigiera un fiador solvente que garantizara a la Compañía la operación, Sarmiento Suárez ofreció regresar oportunamente con el fiador, pero nunca volvió.

"Lo relacionado anteriormente eran los artificios de que se valía Sarmiento Suárez para provocar en Orozco Pizarro una idea falsa de la realidad, e inducirlo en error.

"Hecha la solicitud a la Compañía Colombiana de Seguros, y conocidas las exigencias de esta entidad, consideró del caso, como culminación de su propósito, informarle a Sarmiento Suárez la imprescindible necesidad de aparecer como socio o condueño de la hacienda 'El Delirio' o 'Palmarito', de propiedad de Orozco Pizarro, haciéndole creer que esto era únicamente para conseguir la fianza y llevar a término la rifa. Orozco Pizarro, engañado por los artificios desplegados por Sarmiento Suárez, y de los cuales se ha hablado ya, cayó en el error de celebrar la escritura pública número 2024 de 31 de diciembre de 1959, pasada en la Notaría de este Circuito de Villavicencio. De esta manera Sarmiento Suárez obtuvo un provecho ilícito con perjuicio del patrimonio de Orozco Pizarro.

"Todo lo había preparado en forma calculada el sindicado. Desde su llegada a esta ciudad y

luego en San Martín, abrió una oficina en la que se decía gestionar negocios de finca raíz, adjudicación de baldíos, rifas de máquinas, de radios, edredones y otras cosas más, y 'algo de foro', como anunciaba otro tinterillo en alguna otra ciudad del país, al anunciarse como gestor de grandes negocios.

"Al solicitar el damnificado sus servicios para la venta de su propiedad pagándole el porcentaje que exigía, pidió que se la dejara en consignación. Sin embargo, no hay prueba de que realizara alguna gestión para tratar de cumplir la comisión recibida. Orozco Pizarro confiaba en la buena fe del comisionista, y preocupado por saldar la obligación hipotecaria que pesaba sobre su propiedad, regresó días más tarde a saber el resultado. Y como no era favorable, convencido, además, por la propaganda, le propuso a Sarmiento venta de su finca. Sarmiento Suárez fue con el oferente a conocer la propiedad, y una vez que conoció el inmueble hizo la sugerencia de que rifándola se haría una mayor ganancia; le explicó, entonces, cómo podía llevarse a cabo la rifa, y así celebró el contrato a que nos hemos referido anteriormente, en el cual se establecen cláusulas que demuestran la tendencia de Sarmiento Suárez a adquirir la mitad de la propiedad, sin que de su parte tuviera que hacer erogación alguna; y únicamente se obliga a 'gestionar el papeleo que hubiere necesidad para la rifa...'. Y en caso de que Orozco Pizarro desista 'de tal negocio pagará al señor Sarmiento el valor de la mitad de la finca inmediatamente o quedará el señor Sarmiento con el derecho de la mitad de la (finca) hacienda, aquí mencionada...'.

"Para cumplir la gestión 'del papeleo' se hizo la solicitud del permiso para la rifa al Alcalde de San Martín, permiso que no fue concedido, como ya lo hemos visto; posteriormente se pidió certificado a la Notaría de que el Alcalde había otorgado el permiso para rifar la propiedad de Orozco Pizarro, pero como el Notario no podía afirmar una falsedad, certificando sobre el particular, se limitó a decir o a hacer constar que el memorial en que se solicitaba la certificación había sido presentado personalmente por Orozco y Sarmiento.

"En desarrollo de esa misma gestión, mandó a timbrar boletas del sorteo o de la rifa de la finca de propiedad de Sarmiento (sic), boletas que según se observa de las allegadas al proceso, eran de distintos valores y de distintas leyendas, y aun distinto el número en la matriz y en el desprendible. Y una vez timbradas, despachó a Orozco Pizarro al Departamento del Valle —Cali— con el objeto de que diera a la venta algunas de esas boletas. Y precisamente, cuando el verdadero propietario del bien rural que se decía iba a ser rifado se encontraba en Cali, Sarmiento Suárez aprovechó esa ausencia, trató de vender la mitad de la propiedad que había sido conseguida mediante los artificios relacionados, con engaño de su propietario, induciéndolo en error, al señor José de la Cruz Alzate, quien a última hora no quiso adquirir la mitad de la propiedad ofrecida porque tuvo noticias de que Sarmiento no la había adquirido en debida forma.

"Por mensajes telegráficos dirigidos por Gilberto Rodríguez a Orozco Pizarro a la ciudad de Cali, tuvo noticia éste de la venta que pretendía hacer Sarmiento Suárez de la mitad de la propiedad que le había escriturado, en el convencimiento de que era para garantizar la celebración de la rifa. Y al conocer tal noticia, se trasladó inmediatamente a esta ciudad, y supo entonces, por boca del señor de la Cruz Alzate, del contrato que iba a celebrar con Sarmiento Suárez, consistente en la venta de la mitad de su fundo 'El Delirio'. Según se destaca en la declaración de José de la Cruz Alzate, en la ampliación de la denuncia del damnificado, y en la diligencia de careo o confrontación cumplida entre el denunciante y el denunciado, en presencia del presunto comprador le reprochó Orozco Pizarro a Sarmiento Suárez su ilícita conducta y le hizo presente que la venta o, mejor, la escritura en que aparecía el contrato de venta no había tenido otro fin que el de la rifa de marras, y que Sarmiento Suárez, valiéndose del documento escriturario, trataba de perjudicarlo en su patrimonio económico en su propio provecho. De esta suerte, por este motivo y por otros no pudo cumplirse la venta que pretendía hacer Sarmiento Suárez.

"Más tarde Sarmiento Suárez vendió la mitad de la propiedad de Orozco Pizarro al señor José Romero, agotando, de esta manera, el delito de estafa".

La demanda.

Fue apoderado del demandante el doctor Antonio José Uribe Prada, quien, el 10 de octubre del año pasado, presentó un escrito, no exactamente acomodado a los términos del artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, en el que se refiere brevemente al proceso y a los hechos denunciados por Edgar Orozco Pizarro, y señala los motivos de casación que juzga pertinentes.

"La sentencia recurrida —dice— además de ser violatoria de la ley penal por errónea interpretación y aplicación indebida de la ley penal, les ha atribuído a algunos hechos un valor probatorio que no tienen, desconociéndoles á otros el que sí tienen, por errada interpretación".

Y agrega: "Se funda, pues, la presente demanda en las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"Por último, la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad, y por este aspecto el procedimiento debe ser invalidado para que sea repuesto. Pero este cargo lo formulo solamente de manera subsidiaria, para el caso de que los demás cargos no prosperen".

Son, como se ve, tres las causales de casación alegadas contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio: la segunda, la primera y la cuarta, en su orden, y ésta para el caso de que aquéllas no prosperen.

Al hacer el análisis de los cargos expuestos por el demandante, se dirá si la demanda tiene fundamento, o si, por el contrario, debe ser desechada.

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto, trae el recuento de los hechos que dieron lugar a la sentencia acusada ahora, y analiza luego los cargos de la demanda, para concluír que no han sido demostrados y que, por consiguiente, el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio debe sostenerse.

Consideraciones de la Corte.

En su orden serán estudiados los cargos contra la sentencia, así:

Causal segunda. Dice el demandante que "la sentencia recurrida se funda en una interpretación errada de los hechos, por cuya virtud les atribuye a algunos hechos un valor de que carecen, a la vez que les niega a otros el valor que realmente tienen".

Sobre esta base presenta una alegación, en varios párrafos, separados con las letras A, B, C, D y E.

En el literal A se afirma simplemente que "la sentencia acusada desconoce el contenido de la escritura mencionada, con menosprecio de lo estatuído en el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal".

En efecto, sostiene el impugnador que el fallador de instancia no dio a la escritura número 2024 de 31 de diciembre de 1959, de la Notaría del Circuito de Villavicencio, por medio de la cual Orozco Pizarro vende a Sarmiento Suárez parte de la finca "El Delirio", el valor que ella tiene, como prueba excelente de un hecho verdadero, que excluye el posible delito de estafa.

Se responde:

El Tribunal apreció correctamente la escritura 2024 citada. Para hacerlo tuvo en cuenta todo el conjunto probatorio aportado al proceso, el que no fue examinado por el demandante, al hacer su crítica.

Los documentos de que habla el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal "son plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe". Y los hechos afirmados en aquella escritura por el funcionario se reducen a decir que ante él se presentaron Orozco y Sarmiento y dijeron de una venta de un inmueble. Sobre este hecho nada se discute. Se acepta que estafador y estafado estuvieron ante el Notario de Villavicencio, y que el segundo dijo vender al primero un inmueble.

Pero existen, legalmente producidas en el proceso, numerosas pruebas que acreditan que con aquellas manifestaciones se ocultaba un hecho diferente: Orozco atendía las insinuaciones de Sarmiento en el sentido de que le pasara parte de su finca, para poder obtener una fianza en la Compañía Colombiana de Seguros.

El doctor Gustavo Rendón Gaviria en "El Procedimiento Penal Colombiano", al comentar el artículo 251, enseña: "La apreciación de los documentos como medios probatorios sigue en principio las normas consagradas en el Código Civil y el Código Judicial, pero por razones que tienen que ver con la diferencia existente entre las relaciones de orden civil y las que resulten por violación de las disposiciones penales, la rigidez formalista impuesta a la prueba documental por aquellos estatutos legales no es admisible en la investigación y juicios criminales".

De ahí que en los fallos dictados en este proceso, nada se hubiera definido sobre la validez o inoperancia de la escritura número 2024 de 31 de diciembre de 1959, de la Notaría del Circuito de Villavicencio.

En el literal B, dice el demandante que el Tribunal Superior de Villavicencio atribuyó, en su sentencia, al oficio de la Caja de Crédito Agrario "que aparece al folio 129, en que se afirma con fecha 12 de mayo de 1961 que la hipoteca constituída por Orozco está vigente, y que el señor Sarmiento no ha prometido cancelar la obligación asegurada con la hipoteca, un valor que no tiene".

Se responde:

Dijo el Tribunal:

"... Al hablar de la compra de la finca dice (Sarmiento) que pagó mil quinientos pesos en efectivo, y los tres mil quinientos pesos restantes quedaban para que él —Sarmiento— cancelara a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, a buena cuenta de la obligación hipotecaria, suma que él canceló según lo afirma (fl. 84). Pero en contra de esta afirmación está la certificación de la Caja (fl. 129), que lleva fecha 12 de mayo de 1961, posterior a la indagatoria, en que informa que la obligación hipotecaria de Edgar Orozco, por la suma de diez mil pesos, venció el seis de noviembre de 1959, y está vigente por esa cantidad...".

La interpretación del Tribunal es exacta. Sarmiento afirma haber pagado a la Caja Agraria, y esta entidad dice que no se le ha hecho el pago. Hay contradicción entre aquélla y ésta.

El cargo, pues, no se ha demostrado y antes bien, las constancias procesales acreditan la afirmación del Tribunal.

En el literal C, el demandante dice que "contiene además el fallo recurrido la imputación de estafa contra Sarmiento Suárez por haber vendido a varias personas, sin determinarse a cuántas, boletas para la rifa de la finca 'Iracá' ". Con ello se dio a la declaración del ofendido un valor que no tiene, pues que ni siquiera está demostrada la venta de boletas para la rifa de la mencionada propiedad. Fuera de ello, no se tuvo en cuenta que el mismo ofendido fue parte en el negocio de la rifa y ejecutó actos tendientes a su realización.

Se responde:

En el proceso se demostró: que se vendieron boletas para la rifa de la finca "Iracá"; que tales boletas tuvieron precios distintos; que en algunas se decían que los impuestos serían cubiertos por el ganador de la rifa y en otras, en cambio, se afirmaba que tales impuestos estaban cubiertos ya; que algunas llevaban un sello de la Alcaldía de San Martín y otras no; que los números de las boletas no correspondían con los del desprendible correspondiente; y, en fin, que algunas tenían seis números y otras cuatro. En resumen, una serie de hechos probados están indicando a las claras que el procesado, al inducir en error a Orozco Pizarro, engañaba al mismo tiempo a aquellas personas que se aventuraron a adquirir las boletas para la rifa de la finca.

Y no es extraño que Orozco Pizarro hubiera tomado parte en aquellas operaciones pues, de buena fe, llevado al error, creyó que efectivamente se verificaría una rifa, que le reportaría alguna utilidad.

El literal C no deja de ser, como se ve, una afirmación del demandante, sin la menor demostración.

En el literal D se repite que se ha dado a la declaración de Orozco "un valor probatorio que no puede tener", ya que se consideró que "la rifa proyectada e intentada" constituía un engaño o artificio para inducir en error al denunciante.

Se contesta:

Los documentos presentados por el señor apoderado de la parte civil demuestran que Sarmiento Suárez se valió de medios diversos para llevar a la mente de Orozco la idea de que la rifa de la finca era un negocio de amplia y segura utilidad. Y ello condujo a éste a la aceptación de la "rifa proyectada e intentada".

Se trata, pues, de otra afirmación del demandante, sin la menor demostración. O mejor es una apreciación del apoderado, contrapuesta a la apreciación del Tribunal.

En el literal E parece repetirse algo que anteriormente se había dicho: que no se le dio a la escritura 2024 de 31 de diciembre de 1959, otorgada ante el Notario del Circuito de Villavicencio, el valor que realmente tiene, y antes bien, se aceptó que esa escritura "fue sonsacada por Sarmiento diciendo que se trataba de una sociedad".

Se responde:

Ya se dijo que a la mentada escritura se había dado un valor, pero apreciándola, desde luego, frente a las demás probanzas aportadas al debate, todas las cuales llevan a sostener que Sarmiento, valiéndose de una serie de ardides y engaños, condujo a Orozco Pizarro a aquel acto, por medio del cual dijo vender parte de su finca a quien tenía ya como su socio.

También es necesario repetir aquí que el demandante no ha demostrado este cargo contra la sentencia acusada.

En el literal F el demandante dice: "Pretende el mismo fallo recurrido que el sindicado Sarmiento se hizo pasar 'por un hábil gestor de adjudicación de baldíos' para engañar incautos, circunstancia ésta que si es verdad que no tiene relación por las imputaciones por las cuales ha sido condenado, sí se tuvo en cuenta para la deducción de los cargos formulados".

Se contesta:

Efectivamente, Sarmiento Suárez se hacía pasar por un hábil negociante, dueño de oficina de propiedad raíz, en Bogotá, director de una

empresa de la cual devengaba utilidad grande, gestor de adjudicación de baldíos, comisionista para la compra y venta de bienes inmuebles, empresario de rifas, especialista en la consecución de libretas militares, etc.

De todos estos títulos se valía para engañar a las gentes sencillas de la región y para obtener, en forma ilícita, los bienes de los demás.

Como se ve, el cargo contra el fallo es siempre el mismo. Y en todos los casos, se llega a la misma conclusión: ni siquiera se ha pretendido o ensayado una demostración seria de él.

Conclusión:

Cuando se invoca la causal segunda de casación, el demandante debe tomarse el trabajo de analizar una a una las pruebas de que se valió el fallador para sustentar su decisión. La sentencia —se ha dicho en varias oportunidades— es la consecuencia del análisis probatorio llevado a término por el sentenciador. De esta suerte, quien pretenda destruír la conclusión, está obligado a demostrar que las pruebas en que se basó ella fueron erróneamente interpretadas, o bien que se les dio un valor que, en realidad, no tienen, o que se desestimó el valor que les corresponde.

El demandante, en este caso, bajo formas varias, presenta un cargo contra la sentencia. Pero ni analiza todas las pruebas de que se valió el fallador, ni demuestra la verdad de sus afirmaciones. Exhibe solamente una apreciación personal suya, en que se aparta del concepto del Tribunal.

No habiéndose probado que el Tribunal Superior de Villavicencio faltó a la lógica en su apreciación probatoria o que incurrió en grave error en la misma, la causal segunda de casación invocada debe desecharse.

Causal primera. Juzga el demandante que la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio violó la ley penal, al interpretarla erróneamente o aplicarla indebidamente. Primero, porque se tuvo en cuenta una circunstancia de mayor peligrosidad no demostrada, y luego, porque se consideró que el valor de lo estafado pasaba de diez mil pesos ($ 10.000.00), y ello con base en un dictamen pericial, cuyo valor legal es dudoso.

Se contesta:

El fallador *ad quem* examinó "la personalidad antisocial" de Sarmiento Suárez, quien abusó de la ignorancia y sencillez del ofendido para llevarlo por diversos medios hasta entregar parte de su finca. Al mismo tiempo consideró que algunos antecedentes del sindicado —en varias regiones se le ha imputado la comisión de delitos semejantes al de que se trata aquí—, lo hacían aparecer como especialmente temible para la sociedad. Y de acuerdo con el artículo 36 del Código Penal, al aplicar la sanción, tuvo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los móviles del mismo, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente.

Este "cargo —dice el señor Procurador— está confusamente expuesto y parece que el impugnador se refiera al hecho de que no se hubiera querido o intentado reconocer por el Tribunal condiciones de menor peligrosidad existentes en Sarmiento, para así poder entrar a aplicar el artículo 39, dándole el máximo de la sanción".

La pena fue impuesta de acuerdo con el artículo 410 del Código Penal, es decir, como el valor de la estafa sobrepasó los diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal, el Tribunal hizo un aumento de un (1) año sobre la pena base. Considera el demandante que se violó el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, pues se dio valor de plena prueba a un dictamen pericial, que no fue puesto oportunamente en conocimiento de las partes, para que éstas pudieran solicitar explicaciones o ampliaciones del mismo o para que se le rindiera con mayor claridad.

En realidad, el dictamen pericial no fue puesto en conocimiento de las partes. Pero éstas estaban facultadas, por el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, para objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, antes de que el proceso entrara al despacho del Juez para sentencia.

Son, pues, dos las oportunidades que se dan a las partes para pronunciarse frente a un dictamen pericial. Al ponerlo en conocimiento de ellas, o bien hasta el momento mismo en que el negocio llegue al despacho del Juez para sentencia.

Aquí, hubo una informalidad; no se puso el dictamen en conocimiento de las partes, para que se pidiera su ampliación, aclaración o explicación. Y las partes no solicitaron nada con relación al mismo, aunque pudieron hacerlo. De donde se desprende que aquella informalidad no podía generar nulidad, y menos de carácter supralegal, pues que el derecho de defensa no se suprimía. Porque el dictamen era claro, el Tribunal lo acogió, en vista de que no fue objetado en ningún instante.

Y agrega el demandante:

"La sentencia recurrida aplicó indebidamente el artículo 33 del Código Penal, ya mencionado, con fundamento en la consideración de que la venta de boletas fue delictuosa, sin reparar en que ya había tenido en cuenta tal hecho como uno de los artificios y engaños de que el

acusado se valió para inducir en error a Edgar Orozco y de que, por lo tanto ya fue materia de sanción al deducir la pena imponible al tenor del artículo 408 del Código Penal".

Sarmiento Suárez indujo en error a Orozco Pizarro, al llevarlo paso a paso hasta la entrega de parte de su finca. Uno de los medios de que se valió fue el de hacer pensar a Orozco que efectuando una rifa de la mencionada propiedad se podría obtener pingüe ganancia. Pero la venta de boletas para la inexistente rifa fue hecho autónomo, con el cual se indujo en error a otras personas, o sea, originó otras estafas. Si la rifa permanece en el campo ideal y no pasa al campo real, mal podría hablarse de concurso de delitos. Porque aquí se estafó a Orozco y se estafó también a quienes, llevados al error, compraron boletas para una rifa que no se efectuaría, se cumplieron varios delitos.

No fue, pues, incorrecta la interpretación legal hecha por el Tribunal, ni se aplicó indebidamente la norma penal.

Causal cuarta. Dice el recurrente que "se dictó el fallo, además, en un juicio viciado de nulidad, debido a que habiéndose notificado el auto de apertura a prueba por veinte días, al defensor del acusado, el día 30 de julio de 1961, como consta al folio 243, por el Juzgado de Instrucción, y el 16 de agosto, como aparece al folio 276, se había remitido el expediente al Juez Superior, con violación de lo preceptuado en el artículo 81 del Decreto 14 de 1955, cercenándose de esta manera las garantías procesales del acusado".

Se considera:

Sobre el particular, es bien clara la respuesta del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que dice:

"En el auto de detención dictado por el Juzgado 161 de Instrucción Criminal contra Sarmiento, siguiendo el procedimiento del Decreto 0014 de 1955, se decretó en el punto 5º la apertura a prueba del negocio por el término de veinte días. Esta providencia lleva fecha 14 de julio de 1961, y fue notificada el 17 del mismo mes al sindicado Sarmiento Suárez y al Personero Municipal de Villavicencio.

"Por auto de julio 28 del mismo año se designó defensor de Sarmiento al doctor Jaime Moya Rivera, a quien se le dio posesión y se le notificó el auto de detención el día 30 de julio del dicho año de 1961. El 9 de agosto, el mismo Juzgado 161, por encontrarse vencido el término de prueba de veinte días, y por considerar ser necesario ampliarlo, a fin de practicar algunas de importancia, prorrogó dicho término a diez días más, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 60 del Decreto 0014. Esta determinación fue notificada el mismo día, tanto a Sarmiento Suárez como a su defensor, doctor Jaime Moya.

"Al folio 265 del primer cuaderno consta un informe de la Secretaría del Juzgado 161, en que informa que noticia al Juez de que el término de comisión conferido a ese Despacho por el Juzgado 2º Superior, se halla vencido; en consecuencia, por auto de la fecha se ordenó la remisión de las diligencias al Juzgado competente.

"El simple recuento vale para afirmar el hecho procesal de que a Sarmiento Suárez se le concedieron de manera amplísima las garantías inherentes para su defensa, y que en ningún momento puede suponerse que se le mermaron las posibilidades de ejercer la plenitud conforme a los cánones del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"El cargo no está probado".

Se está frente a un típico caso de estafa. Todos los elementos de la figura delictiva se han demostrado en este proceso. El sujeto activo del delito, hombre acostumbrado a engañar, indujo en error, con medios artificiosos de notoria eficacia, al ofendido Orozco Pizarro. Por tales motivos se obtuvo un provecho ilícito, con perjuicio del estafado, pues logró de éste el otorgamiento de una escritura de venta de un inmueble. Y es perfecta la relación de causalidad entre el engaño y el otorgamiento del mencionado título.

Se presentó, por tanto, como dice von Liszt, "un daño patrimonial ocasionado mediante un engaño malicioso, con el objeto de procurar a otro un provecho ilícito".

Y dentro de los medios engañosos empleados, logró el estafador que otras personas le entregaran algún dinero, cometiendo con éstos igual delito al procurado con Orozco Pizarro.

Fue correctamente apreciada la prueba y correctamente aplicada la ley penal. No es, por consiguiente, el caso de invalidar la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *no invalida* la sentencia que se ha examinado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDAD DE CARACTER CONSTITUCIONAL

Causal 4ª de casación penal. — Sentencia dictada con aplicación del Decreto 0012 de 1959. Medios de defensa del procesado. — Ley permisiva o favorable al reo. — Razones de la Corte para declarar inexequible parte del artículo 8º del Decreto 0012 de 1959.

1. Es cierto, como expresamente lo ha reconocido la Corte que el Decreto 0012 de 1959 recortó mucho las facultades y medios de defensa que el Código Procesal vigente reconoce al sindicado, pero ello no quiere decir que la sola aplicación de aquel estatuto transitorio y excepcional a los delitos cometidos durante su vigencia entrañen una violación de las garantías constitucionales, pues él no suprimió en absoluto la oportunidad ni los medios de defensa, aunque los restringió notablemente.

2. De acuerdo con el artículo 26 de la Constitución, en materia criminal sólo la ley permisiva o favorable al reo se aplicará de preferencia, aunque sea posterior; lo que implícitamente entraña que una ley desfavorable, odiosa o restrictiva en materia penal, en ningún caso puede tener efecto retroactivo, ni aun tratándose de leyes que señalan el procedimiento, las cuales en general tienen efecto o aplicación inmediata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece que: "las leyes concernientes a la sustentación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben principiar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

3. Las razones que tuvo la Corte para declarar inexequible parte del artículo 8º del Decreto 0012, fueron las de que tal artículo, tal como estaba redactado, limitaba la facultad que tiene o debe tener todo sindicado para nombrar libremente su apoderado o defensor, y poder cambiar dicho defensor en cualquier estado del proceso.

Es cierto que el procedimiento excepcional que estableció el Decreto 0012 de 1959 restringió notablemente los medios y oportunidades de la defensa en relación con el procedimiento ordinario consagrado por el Código de Procedimiento Penal, pero ello no quiere decir que aquel procedimiento excepcional hubiera suprimido totalmente el derecho de la defensa en juicio, del acusado, pues en ambas instancias expresamente estableció términos, aunque breves, para que los defensores tuvieran oportunidad de alegar por escrito y pedir pruebas, momentos en los cuales puede y debe hacerse efectivo el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

En sentencia del ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juez Tercero Superior de dicha ciudad, condenó a Nelson Celis Echeverri a la pena principal de diez y seis años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio agravado consumado en la persona de Arturo López Piedrahíta.

Contra la expresada sentencia del Tribunal de Manizales interpuso el reo Celis Echeverri el recurso extraordinario de casación, el que concedido y declarado admisible, ha sido debidamente tramitado, por lo cual procede a decidirse mediante el presente fallo.

Antecedentes.

Para los fines que habrán de tenerse en cuenta en esta providencia, basta tener presente que el delito a que dio origen este proceso fue cometido en las horas del amanecer del día primero de mayo de 1960, en el barrio de tolerancia denominado "La Avanzada", de la ciudad de Manizales.

La forma como se consumó el homicidio en la persona de Arturo López la relata el testigo presencial de los hechos Octavio Ospina Hernández, en la que expone:

Que encontrándose en una venta de comestibles cercana a la cantina "Bola Roja", de donde había salido, pidió unas empanadas para él y un amigo de nombre Ezequiel, con quien se encontraba conversando, "cuando vio que llegaban dos individuos, uno con la mano encima del hombro del otro y charlando como amigos. Se acercaron hasta la venta de chicharrones, y sin decir nada, el que tenía la mano sobre el hombro del otro, sacó un cuchillo y le mandó una puñalada por el estómago al otro. El herido retrocedió hacia atrás y tembloroso se recostó a la mesa. ...El agresor me miró un poco asustado. A mí me dio recelo y me retiré un poco. El tipo intentó entrar a una cantina vecina.. , luego se mordió el labio, guardó el arma, se bajó un poco el saco y salió para la calle. El herido se fue a una cantina de enfrente con la mano en el estómago...".

El agresor fue capturado en el propio sitio donde ocurrieron los hechos, y fue reconocido por algunos testigos presenciales e identificado como Néstor Celis Echeverri.

El lesionado, quien resultó ser Arturo López Piedrahíta, fue trasladado al hospital "Universitario de Caldas", en donde falleció como consecuencia de la puñalada que le había propinado Celis Echeverri.

La investigación la inició y perfeccionó el Inspector Segundo de Permanencia de Manizales.

El negocio le correspondió por reparto al Juez Tercero Superior de Manizales, quien por providencia del 15 de marzo de 1961, dispuso darle la tramitación establecida por los artículos 3º y 10 del Decreto legislativo 0012 de 1959, cerrando la investigación y ordenando al mismo tiempo correr traslado a las partes para alegar.

El sindicado Celis fue asistido en su primera indagatoria por el abogado doctor Antonio Duque Gómez, a quien el funcionario de instrucción nombró como apoderado de oficio.

Posteriormente el sindicado designó como su apoderado al doctor Rodrigo Giraldo Jaramillo, quien durante la investigación solicitó la ampliación de la indagatoria de aquél; este abogado continuó figurando como apoderado hasta cuando fue reemplazado por el doctor Antonio Duque Gómez, a quien el Juez Tercero designó como defensor de Nelson Celis, por providencia del 2 de febrero de 1961, pues según informe secretarial, el doctor Giraldo Jaramillo estaba impedido para continuar sirviendo el cargo de apoderado por estar ejerciendo, en esa época, las funciones de Personero Municipal de Manizales.

Al dársele posesión al abogado Duque Gómez se incurrió en el error de hacer constar en el acta respectiva (fl. 62 v.) que éste tomaba posesión "del cargo de apoderado de *Néstor Celis*".

El apoderado Duque Gómez limitó su actuación a interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, pero sin sustentar dicha apelación, la cual también había sido interpuesta directamente por el sindicado.

Ni dentro del término del traslado, en la primera instancia, ni durante el término de fijación en lista, "oportunidades procesales para ejercitar la defensa dentro del procedimiento excepcional y restrictivo del Decreto 0012 de 1959, ninguno de los apoderados del sindicado Nelson Celis presentó alegación alguna en favor de éste.

Demanda de casación.

El reo Néstor Celis Echeverri confirió poder especial al abogado doctor Carlos E. Camacho, para que en su nombre presentara la correspondiente demanda de casación, mandato que desempeñó este abogado oportunamente, en escrito presentado ante la Corte dentro del término legal; libelo, que por lo menos en su aspecto formal, se ciñe a las exigencias establecidas por la ley para fundamentar este recurso extraordinario.

El abogado demandante, después de exponer en capítulos separados los hechos y la actuación cumplida en este proceso, dando una versión de aquéllos de acuerdo con la relación favorable que el sindicado hace en la ampliación de su indagatoria, entra en seguida a invocar, también en acápites separados, primeramente la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y por último la segunda.

Con fundamento en aquella causal y para demostrar que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, el actor propone dos cargos, cada uno de los cuales constituyen, en su concepto, una nulidad supralegal por haberse violado el artículo 26 de la Constitución.

El primer cargo lo hace consistir en que la sentencia impugnada, por medio de la cual se condenó al procesado Nelson Celis Echeverri, se dictó con aplicación del procedimiento establecido en el Decreto 0012 de 1959, siendo, por tanto, violatoria del artículo 26 de la Carta, "por cuanto el procedimiento observado en virtud del mentado Decreto es más estrecho y restrictivo en relación con las normas del Código de Procedimiento Penal".

Con el fin de demostrar este cargo, el demandante, después de citar algunos apartes de una sentencia de esta Sala, que tendría aplicación a una situación diferente a la contemplada en este proceso, argumenta lo siguiente:

"Como fácilmente se puede apreciar, el procedimiento restrictivo del mentado Decreto, recorta las facultades y los derechos de la defensa, si se le compara con los amplios y generosos del Código de Procedimiento Penal ordinario.

"En el caso de autos, tenemos que el señor apoderado designado por el Juzgado del conocimiento, señor doctor Antonio Duque Gómez, tomó posesión del cargo ante el señor Juez, 'quien le tomó el juramento de servir bien y fielmente el cargo de apoderado de *Néstor Celis* (subrayo), procesado por el delito de homicidio, para que fue nombrado' (fl. 62, vuelto), y con dicho apoderado se actuó hasta la terminación del proceso.

"Como fácilmente se aprecia, el señor apoderado juró cumplir bien y fielmente el cargo de apoderado de "Néstor" Celis, pero como en el caso de autos la defensa debería de haberla ejercitado a favor de Nelson Celis Echeverri, a quien no se le nombró defensor o apoderado para que lo atendiera en la defensa, tenemos que por este aspecto se quebrantaron los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal, con incidencia en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Si el señor Juez le dio posesión al doctor Duque Gómez como apoderado de un "Néstor Celis", quien es una persona bien distinta a Nelson Celis Echeverri, quien es el verdadero sujeto procesal de este negocio, tenemos que a este último se le juzgó y condenó sin que el Juez y Tribunal Superior hubieran escuchado los argumentos de la defensa. Todo esto sucedió en razón del procedimiento observado por mandato del citado Decreto 0012, puesto que si se hubieran observado las normas prescritas por el Código de Procedimiento Penal ordinario, inmediatamente hubiera quedado ejecutoriado el auto de vocación a juicio las funciones del apoderado hubieran terminado, para dejar campo al defensor, y la nueva posesión, posiblemente se hubieran dado cuenta del error.

"Si la ley es celosa en la identificación del sujeto pasivo de la acción penal, por sus verdaderos nombres y apellidos, erigiendo en causal de nulidad el 'haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, o la época o lugar en que se cometió, o el...'. 'Nombre o apellido de la persona responsable de la infracción' —prescribe el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal—, con mayor razón en el caso de autos, cuando se incurrió en error al tomar posesión el apoderado, puesto que allí se habla de un 'Néstor' y no de un Nelson Celis, que es el verdadero nombre del procesado. Y como no se le nombró defensor al procesado, tenemos que por este aspecto se incurrió en una nulidad de carácter supralegal, por cuanto que la norma constitucional exige que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente y observando las formalidades propias de cada juicio'. Y una de esas formalidades, tal vez la más esencial, es la de que al procesado se le garanticen los adecuados medios para hacer valer sus derechos. No habiendo ejercitado el señor defensor el cargo que le fue conferido y actuándose con él hasta la terminación del proceso, lógicamente tenemos que se ha operado una nulidad constitucional, en atención a que el ordinal 8º del ya tántas veces citado Decreto, fue declarado *inexequible* por la honorable Corte, en sentencia que tiene fecha 24 de julio de 1961. En tal virtud, estando el presente negocio *sub judice* con motivo del recurso extraordinario de casación oportunamente dispuesto y sustentado por medio de la presente demanda, dentro del término legal de que trata el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, con todo el respeto que me merece la honorable Corte, me permito solicitar un pronunciamiento sobre este punto de derecho, que consiste concretamente en que si la norma del ordinal 8º del Decreto extraordinario 0012 de 1959, estando sin consecuencias jurídicas en la vida del derecho, en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad declarada por la honorable Corte en la sentencia a que he hecho alusión, puede incidir en un proceso cuya sentencia no está todavía en firme".

El segundo cargo que plantea con fundamento en la causal cuarta lo hace consistir el actor en que "el procesado fue juzgado y condenado sin garantizarle adecuadamente los medios de defensa a que tenía derecho".

Para demostrar este cargo, constitutivo de una nulidad de carácter supralegal, el impugnador expone lo siguiente:

"Se puede afirmar que el procesado Nelson Celis Echeverri estuvo huérfano de defensa, tanto en la etapa instructiva, por cuanto que el apoderado nombrado de oficio por el Juzgado solamente se limitó a tomar posesión del cargo de apoderado de 'Néstor' Celis, pero no tomó posesión del cargo de apoderado de *Nelson Celis Echeverri*, que es el verdadero nombre del procesado. Además, el expediente prueba que el señor apoderado nombrado por el Juzgado no ejerció el cargo, ni cumplió bien y fielmente con los deberes que el cargo le imponía. Aceptando en gracia de discusión que Nelson Celis sí tuvo apoderado en las etapas del juicio, queda en pie la afirmación inicial de que mi representado no disfrutó de los adecuados medios de defensa que la ley le otorga, en razón de que el señor apoderado nada hizo por defender a su cliente, posiblemente porque sus intereses no le importaban nada, o por ser un apoderado de oficio. Las normas procesales penales exigen que el apoderado o defensor cumpla con su deber a objeto de buscar una mejor ubicación jurídica para su cliente 'o buscar los términos en que la ley le deba ser aplicada'.

"El señor apoderado tomó posesión del cargo de defensor de 'Néstor' Celis el día dos de febrero de 1961, y la sentencia que puso término a la instancia la profirió el *a quo* el 21 de julio del mismo año, sin que el señor apoderado en ese lapso de tiempo hubiera presentado un solo memorial a favor de su cliente. En el caso de mi representado, no puede hablarse de defensa por cuanto que ésta no fue ejercida por el señor apoderado en el curso del juicio. La única actuación cumplida por el señor apoderado fue la apelación de la sentencia, pero hay que tener en cuenta que ella fue también apelada por el propio procesado. Luego, ninguna objetividad jurídica tenía la citada apelación por parte del apoderado, ya que tampoco la sustentó en su debida oportunidad, ni hizo uso del término probatorio señalado por el honorable Tribunal Superior. Del término de prueba hizo uso el señor Fiscal, quien pidió la práctica de las pruebas que consideró necesarias.

"Por manera que, tenemos que a Nelson Celis Echeverri se le juzgó y condenó por un delito de homicidio, sin que estuviera convenientemente garantizada su defensa, lo que implica que se le juzgó y condenó sin ser oído y vencido en juicio como ordena el canon constitucional que ordena cumplir con este requisito, sin el cual el juicio es nulo por mandato expreso de la Carta, en su artículo 26, que ordena observar en el proceso penal 'la plenitud de las formas propias del juicio', siendo una de ellas, la más esencial el derecho de defensa convenientemente ejercido por el apoderado".

En el último capítulo de su demanda el actor invoca la causal segunda de casación, que consiste en que en la sentencia acusada "por errada interpretación o apreciación de los hechos, se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta, a pesar de estar acreditados dentro del proceso, o cuando resulta manifiesta contradicción entre ellos, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Con fundamento en esta causal últimamente invocada en la demanda, el actor formula a la sentencia acusada dos cargos, que después de pretender demostrarlos con la crítica personal que hace a algunos testimonios que los falladores de instancia sí tuvieron en cuenta, pero desecharon por estimarlos falaces, así como la versión dada por el sindicado, resume en la siguiente forma:

Primer cargo. "En síntesis, el cargo lo hago consistir en que el honorable Tribunal Superior desconoció un hecho modificador de la responsabilidad del procesado, debidamente acreditado dentro del expediente, como es la afirmación de la testigo Alicia García Henao, quien dice que el móvil generador del delito de homicidio fue la negativa de Arturo López de obsequiarle un chicharrón a Nelson. El error valorativo de este testimonio en que incurrió el honorable Tribunal, determina violación del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal. La duda debe resolverse a favor del procesado, cuando no haya manera de eliminarla, y en esto precisamente estriba el error del honorable Tribunal Superior".

Segundo cargo. "El honorable Tribunal Superior en la sentencia recurrida le negó el valor que sí tiene a la confesión del procesado Nelson Celis expuesta en su ampliación de indagatoria, corroborada por los testimonios que precisamente afirman dicha confesión, y a los cuales el honorable Tribunal ordenó abrirles investigación por el posible delito de falso testimonio. Como consecuencia de ello se le atribuyó un valor probatorio que no tienen, los testimonios de Octavio Ospina Hernández, Zulma Taborda, y en lo desfavorable, el de Alicia García Henao. Entre estas dos circunstancias se plantea la duda, que por mandato del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal se debe resolver siempre a favor del procesado".

Concepto.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de hacer un estudio bastante somero de la demanda, aunque replica con fundamento algunos cargos de la misma formulados con invocación de la causal cuarta, termina por solicitar que se case la sentencia recurrida y se proceda de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, invalidando, en consecuencia, parte de la actuación, pues en su concepto el sindicado no fue debidamente asistido por su apoderado, habiendo carecido, por lo tanto, de un efectivo derecho de defensa.

El señor colaborador Fiscal, por estimar que la causal cuarta primeramente invocada en la demanda debe prosperar por el aspecto indicado, se excusa de entrar en un estudio de los argumentos con que el actor pretende fundamentar la causal segunda de casación.

De la respuesta que el señor Agente del Ministerio Público da a la demanda de casación, conviene reproducir y destacar los siguientes argumentos:

"Es cierto que la honorable Corte en su fallo de 24 de julio de 1961 declaró *inexequible* por inconstitucional el artículo 8º del Decreto 0012, de 4 de junio de 1959, en la expresión '... y con él se actuará hasta la terminación del proceso', refiriéndose al apoderado 'desde el momento de la indagatoria'. Es decir, por la declaración de la honorable Corte se pasó del apoderado único y forzoso para todo el proceso al apoderado voluntario, a discreción del incriminado. Pero no es lógico inculpar a Jueces y Magistrados cuando un procesado no haga uso de esa facultad potestativa o voluntaria que surge de la sentencia de la honorable Corte.

"Por tanto, esta acusación que se hace a la providencia del Tribunal no tiene fuerza como materia de discusión.

"Otro aspecto que se desprende del primer cargo es el error en que incurrió el Juzgado 3º Superior de Manizales al dar posesión al doctor Antonio Duque Gómez como apoderado de 'Néstor Celis' (fl. 62 v.), cuando la intención de ese Despacho fue haberlo hecho como apoderado del incriminado Nelson Celis, como se colige del auto de folio 62.

"Se observa:

"Si, como está probado, el nombramiento de apoderado se hizo para Nelson Celis (fl. 62) y no para 'Néstor Celis', es claro que para el último de los nombrados no hay mandatario judicial, por dos razones: primero, porque tal incriminado no existe, y segundo, porque a ese procesado inexistente no se le ha nombrado personero judicial. En sentido contrario, Nelson Celis sí existe, es procesado único en los autos, está física y plenamente identificado en el negocio, su apoderado, el doctor Antonio Duque Gómez, sin lugar a confusión, fue nombrado única y exclusivamente para él, de lo cual tuvieron conocimiento oportuno tanto el personero judicial como su representado, como se observa en la notificación de folio 62.

"Lo que se ha dicho está suficientemente corroborado en el proceso:

"A folio 73 se puede advertir al procesado Nelson Celis, conjuntamente con su apoderado, el doctor Antonio Duque Gómez, notificándose y apelando de la sentencia de primer grado de folios 63 y siguientes.

"A folio 81 v. el enjuiciado Nelson Celis, conjuntamente con su apoderado el doctor Antonio Duque Gómez, se notifican del auto en que se decretan y se ordenan unas pruebas.

"A folio 84, en ampliación de indagatoria, se ve a Nelson Celis asistido por su apoderado, el doctor Antonio Duque Gómez.

"Y el primer apoderado que tuvo y que conoció Nelson Celis fue el doctor Antonio Duque Gómez, como se puede verificar en la diligencia de indagatoria de folios 9 a 10.

"Es un hecho cierto que el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal tuvo cabal cumplimiento en el proceso:

" 'Artículo 111. Los autos o sentencias que deban notificarse al procesado se notificarán también al apoderado o defensor'.

"Y si el impugnador de la sentencia del *ad quem* hubiera advertido el cumplimiento de esa norma en el expediente, con la aceptación y reconocimiento recíproco del personero judicial y su representado como tales, bien se hubiera podido ahorrar el esfuerzo de plantear el asunto propuesto como tema de alegación en su demanda.

"La honorable Corte ha dejado establecido su pensamiento en cuanto a la interpretación del ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Ha dicho que la finalidad del Código en lo pertinente no es otra que la de identificar el delito (sic) y evitar la injusta condenación de un inocente a quien, por lamentable homonimia, las autoridades pudiesen confundir con el verdadero responsable. En el asunto cuestionado no existe siquiera el homónimo, amén de que el responsable se encuentra plenamente identificado.

"Tampoco puede prosperar la impugnación de la sentencia del *ad quem* por virtud de la acusación que se acaba de estudiar".

Estudio del recurso.

Como se ha visto, la primera causal que el actor invoca en su demanda de casación es la consagrada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto dispone que hay lugar a casación: "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Como fundamento en esta causal el impugnador ha propuesto dos cargos principales, que en su concepto originan nulidad de carácter supralegal.

El primer cargo lo hace consistir en que por haberse aplicado a este proceso el procedimiento excepcional establecido en el Decreto 0012 de 1959, que es más restrictivo del derecho de defensa en relación con las normas del Código de Procedimiento Penal ordinario, se quebrantó el artículo 26 de la Constitución.

Tratándose como ocurre en el presente caso del juzgamiento de un delito de homicidio no culposo, cometido durante la vigencia del expresado Decreto y en un lugar en donde tuvo vigor esta norma de carácter legislativo, el argumento de una supuesta nulidad constitucional por haberse aplicado dicho Decreto excepcional carece de validez.

Es cierto, como expresamente lo ha reconocido la Corte, que el mencionado Decreto recortó mucho las facultades y medios de defensa que el Código Procesal vigente reconoce al sindicado, pero ello no quiere decir que la sola aplicación de aquel estatuto transitorio y excepcional a los delitos cometidos durante su vigencia entrañen una violación de las garantías constitucionales, pues él no suprimió en absoluto la oportunidad ni los medios de defensa, aunque los restringió notablemente.

Los casos en que esta Sala ha decretado nulidades constitucionales por indebida aplicación del Decreto 0012 de 1959, han sido originados únicamente por dos causas: o porque se aplicó este Decreto para el juzgamiento de un delito no previsto expresamente en el artículo 1º del mismo Decreto; o porque se le dio efecto retroactivo, aplicándolo al juzgamiento de ilícitos cometidos con anterioridad a su vigencia. Para declarar la nulidad en este último caso, esta Sala tuvo en cuenta, precisamente, que el Decreto en mención es más desfavorable y restrictivo de los medios de defensa que las normas procesales penales ordinarias, ya que de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución, en materia criminal sólo la ley permisiva o favorable al reo se aplicará de preferencia, aunque sea posterior; lo que implícitamente entraña que una ley desfavorable, odiosa o restrictiva en materia penal, en ningún caso puede tener efecto retroactivo, ni aun tratándose de leyes que señalan el procedimiento, las cuales en general tienen efecto o aplicación inmediata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece que: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben principiar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

El Decreto 0012 entró en vigencia el 4 de junio de 1959, en el territorio de los Departamentos en donde subsistía el estado de sitio, entre los cuales se encontraba el Departamento de Caldas, en cuya capital se cometió el delito de homicidio, por el cual fue juzgado y condenado Nelson Celis, quien consumó dicho ilícito en la persona de Arturo López Piedrahíta el 1º de mayo de 1960 es decir, cuando aún subsistía en el lugar que lo cometió el estado de sitio, y cuando ya había entrado en vigencia el expresado Decreto. Además, las sentencias de primera y segunda instancia, de fechas 21 de julio y de 8 de noviembre de 1961, respectivamente, fueron dictadas cuando aún regía el estado de sitio en el Departamento de Caldas.

Por lo tanto, al aplicarse al juzgamiento del sindicado Nelson Celis, en este proceso, el procedimiento del Decreto 0012 no se incurrió en ninguna irregularidad, y menos en una nulidad de carácter supralegal, como lo pretende el recurrente, pues se lo juzgó por un delito de homicidio intencional, expresamente previsto en el artículo 1º del tántas veces mencionado Decreto, y de acuerdo con las formas propias del juicio, establecidas en este estatuto, y que se encontraban vigentes cuando se cometió el ilícito por el cual fue juzgado y condenado.

En cuanto al yerro en que se incurrió en el acta de posesión del apoderado, doctor Antonio Duque Gómez, al poner en dicha acta el nombre de "Néstor" en lugar de Nelson, que es nombre con que ha figurado en este proceso el único sindicado, y sobre cuya identidad no se puede suscitar ninguna duda por esta pequeña irregularidad, pero de la que no obstante, el actor ha pretendido deducir un cargo procesal grave, es suficiente la réplica que al respecto hizo a este

respecto el señor colaborador Fiscal y que se reprodujo anteriormente.

En relación al cargo que el actor formula y que hace consistir en que "se ha operado una nulidad constitucional, en atención a que el ordinal 8º del ya tántas veces citado Decreto, fue declarado *inexequible* por la Corte, en sentencia que tiene fecha 24 de julio de 1961", es una simple afirmación sin demostración ni respaldo procesal alguno. Según se vio, al hacer el relato de la actuación procesal, el sindicado Nelson Celis, después de la primera diligencia de indagatoria, en que fue asistido por el abogado Antonio Duque Gómez, aquel designó libremente como su apoderado, en memorial fechado el 3 de junio de 1960, al doctor Rodrigo Giraldo Jaramillo, quien posteriormente fue reemplazado por el abogado Duque Gómez, en atención a que el doctor Giraldo Jaramillo no podía seguir atendiendo la defensa por haber entrado a ejercer el cargo de Personero Municipal de Manizales.

El mismo actor transcribe las razones que tuvo la Corte al declarar inexequible el artículo 8º del Decreto, en la que esta corporación expuso:

"Considera la Corte que el artículo 8º (del Decreto) no garantiza suficientemente el derecho de defensa, al disponer que el apoderado que designe el sumariado actuará desde la indagatoria 'hasta la terminación del proceso', porque todo mandato —con mayor razón en el campo penal— es esencialmente revocable, y se ataría al procesado en forma indefinida al mandatario judicial, aun en aquellos casos en que el poderdante le haya perdido la confianza, a causa de negligencia, procederes indebidos o dolosos o de otros motivos, con grave perjuicio, a no dudarlo, de los intereses de la defensa".

De lo copiado claramente se deduce que las razones que tuvo la Corte para declarar inexequible parte del artículo 8º del Decreto 0012, fueron las de que tal artículo, tal como estaba redactado, limitaba la facultad que tiene o debe tener todo sindicado para nombrar libremente su apoderado o defensor, y poder cambiar dicho defensor en cualquier estado del proceso, cosa, que según se ha visto, realizó el sindicado Celis Echeverri al designar libre y espontáneamente, después de su primera indagatoria y como su apoderado al doctor Rodrigo Giraldo Jaramillo. También el, sindicado designó libremente como su apoderado para que sustentara el recurso de casación al doctor Carlos E. Camacho, quien oportunamente cumplió el mandato que le fue conferido.

El último cargo que el demandante formula con invocación de la causal cuarta de casación, o sea que el reo Celis fue juzgado y sentenciado sin que sus defensores hubieran cumplido con el deber de ejercitar un efectivo derecho de defensa, tiene, como se vio al hacer un resumen de la actuación procesal, pleno respaldo, y, por lo tanto, dicho cargo, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte genera una nulidad constitucional, habrá de prosperar. Como lo anota el recurrente, el último apoderado que el reo tuvo en las instancias, o sea el doctor Antonio Duque Gómez, quien fue designado por el Juez del conocimiento, aparte de tomar posesión del cargo y notificarse de las providencias, limitó su actuación como defensor a interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, pero nada hizo en ningún momento después para sustentar el recurso de alzada, el cual también había sido interpuesto directamente por el propio reo Nelson Celis, resultando, en consecuencia, completamente innecesario e ineficaz este acto del apoderado. Tampoco el apoderado doctor Rodrigo Giraldo, a quien el procesado había designado como su apoderado, presentó, dentro del término del traslado, ningún alegato en favor de su defendido.

Por lo tanto, el reo y recurrente Nelson Celis Echeverri careció en este proceso de una efectiva defensa, ya que sus apoderados o defensores nada alegaron en su favor en ninguna de las instancias, con lo cual se violaron con respecto a él, según consta en el proceso, una de las formas esenciales del juicio, cual es la garantía de la defensa en juicio, incurriéndose así en este proceso en una nulidad de carácter constitucional, que se debe declarar para que se subsane esta grave anomalía.

Es cierto que el procedimiento excepcional que estableció el Decreto 0012 de 1959, que tuvo aplicación en este proceso, restringió notablemente los medios y oportunidades de la defensa, en relación con el procedimiento ordinario consagrado por el Código de Procedimiento Penal, pero ello no quiere decir que aquel procedimiento excepcional hubiera suprimido totalmente el derecho de la defensa en juicio, del acusado, pues en ambas instancias expresamente estableció términos, aunque breves, para que los defensores tuvieran oportunidad de alegar por escrito y pedir pruebas, momentos en los cuales debe y puede hacerse efectivo el derecho de defensa.

En relación con la efectiva garantía de la defensa en el proceso penal, esta Sala, en reciente fallo del 14 de febrero del corriente año, expresó lo siguiente:

"Ha sido constante y reiterada la doctrina de esta Sala de la Corte que acoge el principio de que son nulos los procesos en los cuales el dere-

cho de defensa no se ha ejercitado para todos y cada uno de los procesados, en forma real y efectiva''.

''Con posterioridad al fallo de la Corte, que el señor colaborador Fiscal transcribe, esta corporación en sentencia del 19 de noviembre de 1962, en el proceso contra Marcelino Castro Caro, expresó lo siguiente:

'' 'Aunque nuestra Constitución Nacional, a diferencia de la de algunos otros países, como la de Italia y la Argentina, no contiene un texto que de una manera expresa establezca que el derecho de defensa 'es inviolable', o que 'a nadie se le puede privar del derecho de defensa', una reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, como desarrollo del artículo 26 de la actual codificación constitucional, ha reconocido, al lado de las nulidades taxativamente establecidas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado, haya sido privado del derecho de defensa, o no haya podido ejercitar este derecho, bien porque fueron violados derechos o prerrogativas especiales consagrados por la ley en su beneficio, o porque el abogado designado como defensor no cumplió en forma alguna y efectiva el deber profesional de ejercitar la defensa que le fue encomendada' ''.

Prosperando, como se ha visto, la causal cuarta de casación, invocada primeramente en la demanda, se hace innecesario que la Sala se ocupe del estudio de la causal segunda, propuesta en segundo término, pues lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial tiene también aplicación en casación penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, a que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento a partir del auto de quince de marzo de mil novecientos sesenta y uno, por medio del cual se declaró cerrada la investigación y se dispuso aplicar el trámite establecido por el Decreto 0012 de 1959, debiendo reponerse lo actuado siguiendo el procedimiento actualmente vigente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el proceso al juzgado de origen por conducto del Tribunal Superior de Manizales.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO

La causal 4ª y el examen de pruebas en casación. — Los cargos de curador ad litem y de apoderado no son incompatibles. — Derecho de defensa del procesado. — "Exploración dactiloscópica". — Prueba pericial como medio adecuado, pero no única, de comprobar el elemento violencia, especialmente en el delito de robo.

1. En la esfera de la causal 4ª de casación no procede tratar de demostrar, mediante examen de pruebas, que por error en la apreciación de ellas se incurrió en alguna nulidad, puesto que ello sería dar cabida, sin siquiera invocarla, a la causal 2ª, que es la que permite, dentro de sus precisos límites, el indicado examen.

2. Los cargos de curador ad litem y de apoderado no son incompatibles, puesto que el concepto de representación a que uno y otro responden, comprende el deber de ejercerlos, con absoluta lealtad, en protección de los derechos del procesado menor de edad, y entonces, como es obvio, no cabe tildar siquiera de irregular el hecho de que al sindicado, en la recepción de la indagatoria, se le hubiera designado como curador ad litem al mismo apoderado que, en el carácter de abogado, lo asistía en la diligencia.

Ese curador, designado conforme a la facultad referida en el artículo 242 del Código Judicial, en armonía con el 7º del Código de Procedimiento Penal, debía estar presente, en la notificación al procesado, del auto de detención y apertura a prueba, formalidad que, al pretermitirse, en modo alguno pudo determinar el quebrantamiento del derecho de defensa, garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, derecho que, no obstante aquella irregularidad, quedó a salvo y se ejercitó, sin ninguna restricción, a lo largo de todo el proceso.

3. La "exploración dactiloscópica", cuya eficacia depende de la prontitud con que se realice, cumple ejecutarla a la Policía, que es la que puede obrar, en su necesaria y obligada colaboración para la investigación de los delitos, con esa rapidez que ella exige, obrar que, como es obvio, respecto al particular que se examina, no requiere previa autorización judicial, aunque ha de advertirse que, en el caso de autos, la "exploración dactiloscópica" la llevó a cabo, por medio de sus elementos y personal técnico, el Departamento Administrativo de Seguridad, no a iniciativa propia, que nada habría tenido de irregular, sino por disposición del Juzgado que recibió la denuncia, según se desprende del contenido general y conjunto de los documentos que aparecen en el expediente, documentos que permiten tener como absolutamente seguro que la predicha diligencia se practicó el mismo día del robo.

4. La prueba pericial es la más adecuada para comprobar la violencia cuando ella constituye elemento del delito, pero la verdad es que, como lo ha dicho la Corte, no significa que esa prueba sea la única eficaz, ya que tratándose de huellas o señales accesibles a los sentidos, la prueba testimonial puede sustituír a la pericial lo mismo que a la inspección ocular o al reconocimiento judicial, sin mengua alguna de los intereses del procesado y del proceso". (Cas. 21 marzo de 1950, LXVII, 216).

En el caso de autos, el elemento violencia, necesario para la integración del robo incriminado, se comprobó mediante el testimonio de las mismas personas que declararon sobre la preexistencia de los objetos robados, el informe de los detectives que estuvieron en el lugar de los hechos, el cual aparece debidamente firmado, lo que quiere decir que no puede calificarse de anónimo, y con las fotografías que se tomaron de la puerta de acceso al interior de la casa, fotografías en las que se aprecian las huellas de la violencia que dio al traste con las seguridades de esa puerta. Estos elementos de juicio no po-

dían dejar duda respecto del factor que se examina.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 30 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Jesús Antonio Quintero Acosta, como responsable del delito de robo en cuantía de $ 5.570.00, a la pena de "dos años y dos meses de prisión" y accesorias consiguientes.

Hechos y actuación.

La tarde del 26 de noviembre de 1961 el señor Luis Carlos Escobar dejó sola su casa, ubicada en la carrera 22 No. 4-07 Sur de esta ciudad, circunstancia que aprovecharon los ladrones para entrarse a ella mediante la ruptura de las cerraduras y apoderarse de objetos por valor de $ 5.570.00.

De estos hechos, constitutivos del delito de robo, conoció el Juzgado 2º Superior de esta ciudad, el cual, conforme a los trámites del Decreto 0014 de 1955, en sentencia del 24 de febrero del año pasado, condenó al procesado José Antonio Quintero Acosta, como responsable de ellos, a la pena de dos (2) años de prisión y accesorias del caso, fallo que el Tribunal de Bogotá reformó en el suyo del 30 de mayo para elevar la pena principal a dos (2) años y dos (2) meses de prisión.

Demanda de casación.

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca como causales de casación las previstas en los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Con apoyo en la causal 4ª el impugnador sostiene que la sentencia acusada "es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que sustenta de acuerdo con los cargos que a continuación se especifican:

a) El Juzgado que conoció de la primera instancia del proceso "carecía de competencia" para ello, y entonces, según lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, "produjo un fallo nulo", planteamiento cuya demostración pretende hacerse, en cada uno de sus aspectos, mediante un laborioso y detenido estudio de la diligencia de avalúo de los objetos sobre que recayó la acción delictiva, estudio del que se pasa a sostener que aquella diligencia "debe considerarse inexistente", para luego concluír en que no hay prueba, por lo tanto, de que la cuantía del delito hubiera sido "mayor de cinco mil pesos", condición absolutamente necesaria para que la competencia, conforme al artículo 2º del Decreto 3347 de 1950, pudiera corresponder a los Juzgados Superiores.

Respuesta.

En la esfera de la causal 4ª de casación no procede tratar de demostrar, mediante examen de pruebas, que por error en la apreciación de ellas se incurrió en alguna nulidad, puesto que ello sería dar cabida, sin siquiera invocarla, a la causal 2ª, que es la que permite, dentro de sus precisos límites, el indicado examen.

En estos términos, bien fácil se comprende que el cargo reseñado se formuló sin la debida técnica, y entonces, dentro del ámbito de la causal de impugnación, a cuyo amparo se adujo, carece, en absoluto, de eficacia. Por lo demás, aunque resulte innecesario, no sobra, sin embargo, anotar que ese cargo, en sí mismo, es infundado, como lo establece el señor Procurador por medio de las razones que, compartidas por la Sala, se reproducen a continuación:

"El primer cargo formulado con base en la causal cuarta, lo hace depender el señor demandante del hecho de que la diligencia de avalúo 'que estimó la cuantía del ilícito en la cantidad de cinco mil quinientos setenta pesos, y radicó la competencia en el Juzgado Superior', es manifiestamente nula, porque no aparece constancia de que los peritos avaluadores 'hubieran sido posesionados formalmente o de que antes de tomar posesión se les hubiera amonestado por el Juez sobre la trascendencia moral del juramento en la forma que lo estatuye el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal o de que hubieran prestado el juramento en los términos que señala el inciso segundo del artículo 147 de la misma obra'.

"Pues bien, es lo cierto que esta clase de acusación o tacha fue hecha durante las instancias del juicio.

"En efecto, ya el mismo apoderado recurrente ahora en casación, cuando hacía las veces de defensor del acusado Quintero, dio cuenta de su inconformidad con respecto a la cuestionada prueba pericial (ver su memorial del folio 23 y sigs. del cuad. 3º).

"Entonces sucedió que el *ad quem* no consideró aceptable la tacha de carácter formal hecha a la prueba pericial citada, pues observó lo siguiente:

'Se ha atacado también por la defensa la diligencia de avalúo pericial de los objetos materia del delito, porque no se llevó a cabo con las formalidades legales. Es necesario advertir a ese respecto que desde el auto cabeza de proceso se ordenó la práctica de tal diligencia, y así se lee en dicha providencia: ' "f) Por medio de peritos, practíquese una diligencia de avalúo sobre los objetos materia del ilícito en caso de que fueren recuperados, *y en caso contrario, practíquese dicha diligencia en abstracto.* Oportunamente se señalará día y hora para la práctica de la misma" '.

'Pero se dice entonces que la diligencia de avalúo referida carece de las formalidades de la ley porque los peritos no fueron previamente amonestados por el señor Juez sobre la trascendencia moral del juramento y sobre las sanciones que acarrea el juramento falso. En la diligencia del folio 11 se lee: ' "... el señor Juez por ante el Secretario y previas las formalidades legales les recibió a los señores peritos el juramento en la forma legal, por cuya gravedad prometieron cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo les impone..." '.

'Ese vacío que anota el señor defensor no aparece en el expediente, pues al decirse en la diligencia de avalúo, o mejor, en el acta respectiva, que el señor Juez, previas las formalidades legales, recibió el juramento a los peritos, quiere decir que los amonestó para que cumplieran con el deber y, por consiguiente, sobre la trascendencia moral del juramento y la responsabilidad que contrae el que se presta falsamente' (f. 42, cuad. 3º)".

Importa recordar que el comentario del párrafo final de la transcripción corresponde, sin duda, al trasunto fiel de la doctrina sentada al respecto por la Corte, la cual fue ampliamente desarrollada, de manera particular, en el fallo del 7 de junio de 1944, publicado en el Tomo LXII de la *Gaceta Judicial,* págs. 619 y ss.

b) En la tramitación del proceso se violó de tal modo el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, que resultó quebrantado el derecho de defensa, garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, tesis para cuya demostración se anota, en primer término, que al acusado Quintero Acosta, al recibirle indagatoria, no obstante su minoría de edad, "el señor Juez resolvió designarle al mismo apoderado que le había designado de oficio como curador *ad litem*".

Con el mismo especificado empeño, el recurrente señala, además, que el auto de detención y apertura a prueba se notificó al procesado sin la asistencia de su curador *ad litem,* hecho que determinó la violación del inciso 2º del citado artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, y, en esta suerte, el que se produjera un acto nulo, en fuerza de que la presencia de aquél constituía fundamental garantía de la defensa, a la cual el procesado, por sí mismo, no podía proveer, puesto que, de acuerdo con el expresado texto, ello "correspondía al representante legal del menor o, en defecto de éste, a su curador *ad litem*", planteamiento al que añade:

"El Juzgado, a pesar del expreso mandato legal, no requirió al procesado para que manifestara quién era su representante legal ni tampoco requirió a su curador *ad litem* para que por ellos se hiciera la designación del defensor, y de ahí que el procesado, que no estaba en condiciones de calcular y medir la importancia trascendental de aquel acto, hubiera procedido a nombrar para este cargo a la señorita Stella Lupín, que no era abogado inscrito que pudiera hacerse cargo de la defensa del menor. El señor Juez Primero de Instrucción Criminal fue informado de esta circunstancia por medio de la constancia secretarial que obra al folio 39 del cuaderno principal, oportunidad que se desaprovechó por el funcionario, cuando hubiera podido hacer comparecer al representante legal del menor o a su curador *ad litem,* para que ellos hubieran hecho la postulación del defensor".

Respuesta.

Los cargos de curador *ad litem* y de apoderado no son incompatibles, puesto que el concepto de representación a que uno y otro responden, comprende el deber de ejercerlos, con absoluta lealtad, en protección de los derechos del procesado menor de edad, y entonces, como es obvio, no cabe tildar siquiera de irregular el hecho de que a Quintero Acosta, en la recepción de la indagatoria, se le hubiera designado como curador *ad litem* al mismo apoderado que, en el carácter de abogado, lo asistía en la diligencia.

Ese curador, designado conforme a la facultad referida en el artículo 242 del Código Judicial,

en armonía con el 7º del Código de Procedimiento Penal, debía estar presente, en la notificación a Quintero Acosta, del auto de detención y apertura a prueba, formalidad que, al pretermitirse, en modo alguno pudo determinar el quebrantamiento del derecho de defensa, garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, derecho que, no obstante aquella irregularidad, quedó a salvo y se ejercitó, sin ninguna restricción, a lo largo de todo el proceso.

En efecto, Quintero Acosta, en el momento de la predicha notificación, designó como su apoderado a la doctora Stella Lupín, persona de la que prescindió al ser enterado de su falta de inscripción, para en su lugar nombrar al doctor Humberto de Castro Negri, quien fue investido del carácter de curador *ad litem* del mismo procesado, recibiendo, en esa expresa doble condición, la notificación del auto de detención y apertura a prueba, no sin antes haberse posesionado, en debida forma, de esos cargos, los cuales, como se dejó consignado, no son incompatibles.

El demandante pretende que esa designación de Quintero Acosta carece, en absoluto, de eficacia legal, en fuerza de que el nombramiento de apoderado no es del resorte del menor adulto, cuestión que ni siquiera importa debatir, teniendo en cuenta que, en el caso de autos, no se trataba de la designación, en su acepción estricta, de un apoderado, cuyas funciones se circunscriben a la formación del sumario, sino, en rigor, de un defensor, para que asistiera, en ese específico carácter, al procesado en los trámites del juzgamiento, los cuales se inician, dentro del procedimiento del Decreto 0014 de 1955, con el auto de detención y apertura a prueba. Aquella designación, por lo tanto, tenía que subordinarse, no a las prescripciones del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal sino, como lo ha sentado la Corte, a las del 432 de la misma obra, y entonces se concluye que, en el aspecto en estudio, ni siquiera se advierte irregularidad, circunstancia que, sumada al hecho de que la defensa se ejercitó sin ninguna restricción y dentro de la más absoluta amplitud en el proceso, hace comprender que el cargo examinado carece de fundamento.

c) En orden a la predicha causal 4ª, el recurrente afirma, por último, que también fue violado el artículo 26 de la Constitución Nacional al no ser recibido el testimonio del señor José Joaquín Cubillos, invocado por el procesado, dentro de su indagatoria, para demostrar que en el lapso en que debió consumarse el delito se encontraba en su compañía, en lugar distinto de aquél en el que se llevó a cabo, prueba que, en consecuencia, era fundamental para el ejercicio del derecho de defensa.

Respuesta.

El procesado, no obstante sus "relaciones de amistad" con el señor José Joaquín Cubillos, no supo dar su dirección, ni indicar la forma concreta cómo podía ser hallado, ya que lo único que consignó fue que "vive en el Barrio Santander", que es chofer mecánico, y que en ese carácter manejaba un bus que "hace el recorrido del Barrio Centenario al Barrio Colombia", vehículo en el cual lo acompañó el día de autos, sin abandonarlo en un solo instante, lo que resulta, cuando menos, insólito y extraño, "desde las once de la mañana hasta las nueve de la noche", vale decir, por el exagerado número de diez horas continuas.

Estos datos, de tan precaria eficacia para localizar a Cubillos, no fueron complementados en ninguna forma en el proceso, lo que habría sido lo lógico si la evacuación de la cita hubiera tenido la trascendencia fundamental que ahora se le asigna en la demanda, sin reparar, ni poco ni mucho, en que se cuenta, como se verá al examinar la causal 2ª, con prueba clara, precisa y objetiva para tener por evidente que Quintero Acosta participó en la consumación del delito, la cual no era fácil abatir con el simple concurso del testimonio que pudiera rendir ese personaje de que echó mano el acusado, presentándolo —cosa inexplicable— en medio de una borrosa lejanía, prueba que, por lo demás, ya existía para el momento de la indagatoria en que se hizo, sin darle la menor importancia, la cita en cuestión.

Este cargo, de acuerdo con las razones expuestas, carece, como los otros dos que se hacen al amparo de la causal 4ª, de fundamento.

Con apoyo en la causal 2ª, el recurrente sostiene que en la sentencia acusada, por errada interpretación de los hechos, se dio "a unos un valor que no tienen, a otros se les negó el que sí tienen, y no se tuvieron en cuenta otros", todo lo cual determinó el que se condenara a Quintero Acosta sin que concurriera la prueba exigida por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, y previa violación, además, de los artículos 204, 205, 206 y 207 de la misma obra, planteamiento que desarrolla y fundamenta luego en dos aspectos generales, el primero de ellos, referido a la prueba de imputación así:

a) La prueba pericial dactiloscópica no "aparece rendida bajo juramento ni directamente por el perito que la realizó", y apenas tiene el carácter de un "informe que rinde un dactiloscó-

pista a otros, quienes a su turno lo firmaron y lo presentaron al Juzgado'';

b) El expresado dictamen se refiere a una ''exploración dactiloscópica'' del 27 de noviembre de 1961, en tanto que el oficio que obra al folio 5, donde se trata de la misma materia, habla de una ''exploración dactiloscópica'' del 26 del mes citado, y

c) La ''exploración dactiloscópica'' a que alude el predicho oficio tuvo lugar en la casa de la carrera 22 número 4-07 Sur de esta ciudad, y el informe-dictamen invoca, en cambio, una ''exploración dactiloscópica'' practicada en la casa de la carrera 27 número 4-07 Sur, también de esta ciudad, ubicada, con respecto a la primera, ''a cinco cuadras de distancia''.

Estos reparos a la prueba pericial dactiloscópica se formulan previa la advertencia de que no ofrece ''ninguna validez legal'', en razón de que la huella dactilar en que se funda ''no fue recogida judicialmente'' y, de otro lado, en que la ''exploración'' que determinó su hallazgo ''*tuvo lugar a las nueve y cuarenta y cinco minutos de la mañana*, es decir, SIETE HORAS ANTES DE LA CONSUMACION DEL DELITO''. (El subrayado y las mayúsculas son del recurrente).

Respuesta.

La ''exploración dactiloscópica'', cuya eficacia depende de la prontitud con que se realice, cumple ejecutarla a la Policía, que es la que puede obrar, en su necesaria y obligada colaboración para la investigación de los delitos, con esa rapidez que ella exige, obrar que, como es obvio, respecto al particular que se examina, no requiere previa autorización judicial, aunque ha de advertirse que, en el caso de autos, la ''exploración dactiloscópica'' la llevó a cabo, por medio de sus elementos y personal técnico, el Departamento Administrativo de Seguridad, no a iniciativa propia, que nada habría tenido de irregular, sino por disposición del Juzgado que recibió la denuncia, según se desprende del contenido general y conjunto de los documentos que aparecen a los folios 2 y 5 del cuaderno 1º, documentos que, por lo demás, especialmente el segundo, permiten tener como absolutamente seguro que la predicha diligencia se practicó el mismo día del robo, no a las 9 y 45 minutos de la mañana, sino de la noche.

En la comentada ''exploración'' se recogieron dos huellas, sobre la tapa de una sopera, ''de origen digital'', las cuales, sometidas a estudio en la ''División de Técnica Criminalística e Identificación'' del predicho Departamento Administrativo de Seguridad, determinaron el informe que obra al folio 5 del cuaderno 1º del expediente, consolidado luego en el específico dictamen pericial que aparece a los folios 24 y siguientes del mismo cuaderno, dictamen en el que, sin ninguna ambigüedad y en forma por demás explicada, se indica que aquellas huellas dactilares corresponden al procesado Quintero Acosta, quien, de esta suerte, en los momentos del delito, no podía estar en compañía de su amigo Cubillos, como trató de sugerirlo vagamente al rendir indagatoria, sino en el lugar donde se llevó a cabo, participando en su consumación.

Ese dictamen pericial fue elaborado, como allí mismo se indica, con la colaboración, en parte, del ''dactiloscopista señor Rafael Bolívar Barragán'', y se rindió, según también aparece, bajo la responsabilidad, patrocinio y dirección de la dependencia técnica a que se alude, lo que tanto significa que no era necesario que aquél autorizara con su firma la expresada prueba, la cual tampoco requería, en orden a los empleados que intervinieron en su producción y la suscriben, la previa, en particular, solemnidad del juramento, puesto que, al tomar posesión de sus respectivos cargos, tuvieron que cumplir con esa formalidad, implícita y actuante, en cada uno de los actos que, por razón de sus funciones oficiales, debieran ejecutar.

Sin duda alguna, la ''exploración dactiloscópica'' en que se recogieron las huellas digitales de que hablan el informe del folio 5 del cuaderno 1º del expediente y el dictamen pericial que se deja comentado y que obra a los folios 24 y siguientes del mismo cuaderno, se llevó a cabo el 26 de noviembre, es decir, la misma noche del día de los hechos criminosos y en la casa donde ellos ocurrieron, ubicada en la carrera 22 y distinguida con el número 4-07 Sur de esta ciudad. Pretender lo contrario es tratar de desconocer la realidad tangible que a estos respectos ofrece el proceso, con base exclusiva en ese intrascendente error en que se incurrió al redactar el predicho dictamen pericial, advertible, por cierto, sin ningún esfuerzo.

En la fundamentación del otro aspecto del planteamiento que se formula con apoyo en la causal 2ª, el recurrente sostiene que en relación con ''los elementos constitutivos del delito'', también la sentencia acusada incurrió en ''error de apreciación y de estimación probatoria'', puesto que el atañedero a la violencia, no obstante las prescripciones del artículo 311 del Código de Procedimiento Penal, se entendió acreditado, sin que obrara prueba pericial alguna, por

medio de un informe de detectives y una fotografía "tomada sobre una puerta que no fue previamente identificada", anexa, además, a ese informe que, en suma, "equivale a un 'escrito anónimo' ".

Respuesta.

La prueba pericial es la más adecuada para comprobar la violencia cuando ella constituye elemento del delito, pero la verdad es que, como lo ha dicho la Corte, "no significa que esa prueba sea la única eficaz, ya que tratándose de huellas o señales accesibles a los sentidos, la prueba testimonial puede sustituír a la pericial, lo mismo que a la inspección ocular o al reconocimiento judicial, sin mengua alguna de los intereses del procesado y del proceso". (Cas. 21 marzo 1950, LXVII, 216).

En el caso de autos, el elemento *violencia,* necesario para la integración del robo incriminado, se comprobó mediante el testimonio de las mismas personas que declararon sobre la propiedad y preexistencia de los objetos robados, el informe de los detectives que estuvieron en el lugar de los hechos, el cual aparece debidamente firmado, lo que quiere decir que no puede calificarse de anónimo, y con las fotografías que se tomaron de la puerta de acceso al interior de la casa de los Escobar, fotografías en las que se aprecian las huellas de la violencia que dice al trasluce con las seguridades de esa puerta. Estos elementos de juicio no podían dejar duda respecto del factor que se examina.

De manera que la causal 2ª no puede prosperar en ninguno de los dos aspectos planteados al invocarla.

En la demanda se invoca, como última, la causal 1ª, la cual, evidentemente, sólo habría podido prosperar en el evento de que la 2ª hubiera tenido éxito a través de alguno de los cargos formulados con su apoyo, fenómeno que, como se ha visto, no ocurre.

En virtud 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 que se hizo mérito, y cuyo estudio se realizó en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.—INTERPRETACION DE VEREDICTOS

Causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. — Requisitos para la existencia del homicidio preterintencional. — En este homicidio el resultado mortal sobrepasa la intención del sujeto activo del delito, pero este resultado es el efecto necesario de una conducta dolosa que acarrea una sanción penal. — Concepto de responsabilidad penal. — Tesis de la Corte y de la Procuraduría sobre la interpretación del veredicto cuando el Jurado afirma la responsabilidad del acusado, sin la intención de causar la muerte.

La sentencia impugnada interpretó adecuadamente el veredicto, aplicando la tesis sostenida más recientemente en varios fallos de casación, y de acuerdo con la cual el veredicto, que con relación a un homicidio acepta la responsabilidad del acusado, pero niega que éste hubiera tenido el propósito de matar, "no implica necesariamente la absolución del procesado, porque la responsabilidad se predica de la persona a quien se imputa el hecho".

Aunque es cierto que el jurado no manifestó expresamente cuál había sido la verdadera intención con que obró el acusado al causar la muerte violenta, fácilmente se deduce, dados los antecedentes procesales y especialmente la tesis sostenida por la defensa en la audiencia pública, que dicha intención fue únicamente la de lesionar al occiso. Esta interpretación no se opone a los términos expresos del veredicto, y está en perfecto acuerdo con la realidad procesal, la que ni la misma defensa pretendió desconocer.

Fue la misma defensa en la audiencia pública ante el jurado que pronunció el veredicto, la que planteó la situación atenuada de un homicidio preterintencional, tesis que indudablemente fue acogida por los Jueces de hecho al aceptar con un "sí es responsable" la autoría del sindicado, aunque negando que hubiera tenido el propósito de matar, lo que precisamente tipifica un homicidio preterintencional, porque las lesiones que determinaron el resultado mortal fueron inferidas voluntaria y dolosamente por el acusado, pues si hubiera sido de otra manera el juri hubiera negado también la responsabilidad.

Para la existencia del homicidio preterintencional deben concurrir los requisitos siguientes: 1º Que se produzca la muerte injusta de un hombre; 2º Que el resultado mortal haya sido causado por la actividad de un sujeto penalmente responsable; 3º Que este sujeto no haya tenido el propósito de matar, pero sí el de causar una lesión o un daño en la integridad personal de la víctima del delito.

En el homicidio preterintencional el resultado mortal sobrepasa la intención del sujeto activo del delito, pero este resultado es el efecto necesario de una conducta dolosa que acarrea una sanción penal. Por eso, cuando la muerte se produce como efecto de una lesión intencional, aunque el acusado no hubiera tenido el propósito de matar, éste comete un homicidio preterintencional, que es el caso contemplado en este juicio, y a lo que conduce la acertada interpretación del veredicto que sirvió de fundamento a la sentencia acusada, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el proceso y la misma tesis planteada por la defensa en la audiencia pública en que intervinieron los Jueces de conciencia que profirieron dicho veredicto.

Si se tienen en cuenta estos factores o antecedentes procesales, sin dificultad se concluye que la respuesta del jurado entraña para el acusado el reconocimiento de una responsabilidad por un homicidio preterintencional, que el artículo 365 del Código Penal define y sanciona en los términos siguientes: "El que con el propósito de causar una lesión personal ocasionare la muerte de otro, incurre en la sanción esta-

blecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

La responsabilidad penal, aunque no es fácil de definir, es una noción cuyo significado no escapa a una persona no perita en conocimientos jurídicos. Fue Romagnosi quien primero precisó el concepto de responsabilidad cuando dijo: "Una cosa es la imputabilidad y otra la responsabilidad. Por la primera se le atribuye a uno algún efecto determinado, como causa productora de éste. Por la segunda se pretende obligar a alguien a resarcir un daño determinado y a sufrir una pena determinada, por motivo de aquel efecto determinado".

Impallomeni repitió este concepto en los siguientes términos: "La responsabilidad penal es la obligación de sufrir una pena a causa de un delito; luego uno es penalmente responsable cuando todas las consecuencias materiales y morales previstas por la ley como esenciales al delito, se encuentran existentes en el hecho imputado".

Cuando se afirma en un veredicto que el acusado "sí es responsable" de un homicidio, esta declaración necesariamente entraña que está obligado a sufrir una pena por motivo de este delito, es decir, que debe ser sancionado. La explicación que añade que el homicidio lo cometió "sin la intención de matar", lógicamente sólo puede interpretarse en el sentido de que no puede sancionársele por un homicidio de propósito o intencional, pero no que no esté obligado a sufrir una pena por un homicidio no intencional, cual es el preterintencional y el culposo, que son figuras delictuosas de las cuales está, por definición, expresamente excluído el propósito de matar.

Cuando el resultado mortal se produce como efecto de una lesión intencional y, por lo tanto, dolosa, no hay duda de que el autor de esta clase de lesión, aunque no hubiera tenido el propósito de matar, está obligado a sufrir la pena que le corresponde como responsable de un homicidio preterintencional, previsto y sancionado por el artículo 365 del Código Penal.

Por esto, considera la Sala que no es acertada la tesis del señor colaborador Fiscal, cuando expresa, que descartado por el jurado el propósito de matar, la declaración "sí es responsable" "apenas guarda atinencia con la ejecución material de la muerte —en caso de homicidio—, porque con tal expresión, en manera alguna el Jurado ha admitido la existencia de una voluntad culpable nacida del dolo o de la culpa en el obrar, y por lo mismo, no ha dado lugar a que surja para el reo la obligación de sufrir una pena a causa de un delito".

En consecuencia, la Sala reafirma que la tesis acertada que debe aplicarse para la interpretación de un veredicto como el que en este proceso fue proferido y que sirvió de fundamento para dictar la sentencia recurrida, es la expuesta en casación del 3 de julio de 1955, en el proceso contra Giraldo Valencia, ratificada y ampliada en posteriores fallos, principalmente en el de 26 de octubre de 1956, en la casación de Zuleta Marín.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cuatro de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El reo Segundo Ducuara Moreno interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 28 de septiembre de 1961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio de la cual, al reformar la de primer grado dictada por el Juez Primero Superior de dicha ciudad, lo condenó a la pena principal de cinco años de presidio como responsable del homicidio preterintencional consumado en la persona de Máximo Moreno, el 22 de abril de 1945.

Antecedentes.

El citado Tribunal, al revisar el auto de proceder, resumió los hechos que dieron origen a este proceso en la forma siguiente:

"El día domingo veintidós de abril de mil novecientos cuarenta y cinco salieron de la población de Ortega (Tolima), con dirección a la vereda de Loany y Toy, Máximo Moreno y Ernesto González Espinosa, y antes de llegar al paso del río Loany, los alcanzó Segundo Ducuara Moreno, quien arriaba dos bestias, yendo él en ancas de una de ellas. Por motivo a que una de las bestias por poco atropella a Máximo, éste le hizo el reclamo a Ducuara, quien sin duda por el estado de embriaguez, si no muy acentuada, sí notorio, en que se encontraba, respondió a la observación de Máximo en términos descorteses, y con una peinilla (machete) que portaba al cinto, y que desenfundó, retó a Máximo, pero éste hizo caso omiso de tal cosa, y habiéndose adelantado un poco Ducuara con sus bestias, continuaron el camino. Un poco adelante volvieron a encontrarse con Segundo Ducuara, y ya en

esta oportunidad éste le causó algunas lesiones a Máximo Moreno y continuó el camino, seguido por éste y González. Al cruzar por la casa de Jeremías Durán, yendo Ducuara adelante, a pie, y seguido más de cerca por Máximo Moreno, éste le hacía reclamo sobre el incidente anterior, y Ducuara armado de peinilla (machete) atacó a Máximo, pero éste le agarró el arma, y así en lucha dieron en tierra, y estando debajo Máximo, Ducuara lo atacó tanto con su arma, peinilla, como con un palo que llevaba, así como también con algunas piedras. Como González interviniera jalando a su compañero Moreno para separarlo de Ducuara, éste le tiró un puntazo con su peinilla a González y le causó una lesión en una rodilla. Ducuara se levantó dejando tendido a Moreno, herido de bastante gravedad y también a González lesionado en forma menos grave, y continuó su camino.

"Máximo Moreno, en estado de gravedad fue trasladado a la casa de Durán, y de allí a Ortega al respectivo Centro de Higiene, donde falleció el veintiséis de abril del propio año. El Alcalde de Ortega, asociado de peritos, practicó el levantamiento del caráver, diligencia que obra al folio 15 vto. del proceso.

"La anterior síntesis tiene su respaldo en los autos con las declaraciones de Ernesto González Espinosa, quien acompañaba al occiso en momentos de la tragedia, Anunciación y Sara Moreno, personas éstas que presenciaron el encuentro entre el procesado y el occiso, y Ramona Carrillo de Durán, quien se encontraba en la casa de Jeremías Durán, en lugar muy cercano a aquél en que se desarrolló el incidente".

La investigación la inició y perfeccionó el Alcalde del Municipio de Ortega, y el conocimiento del negocio le correspondió, primeramente, al Juez Segundo Superior de Ibagué, quien, después de cerrar la investigación y de oír el concepto de su colaborador Fiscal, en providencia del 2 de junio de 1950, llamó a responder en juicio a Ducuara Moreno, con intervención del Jurado, por el delito de homicidio de propósito cometido en Máximo Moreno Camacho o Bríñez, y por el de lesiones personales consumado en Ernesto González Espinosa.

El Tribunal Superior de Ibagué, por auto del 1º de octubre de 1952, al revisar por apelación el auto de vocación a juicio, lo modificó en el sentido de descartar la circunstancia atenuante de la riña imprevista que había reconocido el *a quo*.

Ejecutoriado el procesamiento y convocado el primer Jurado que intervino en este proceso, se les propuso a los Jueces de hecho, en relación con el delito de homicidio, el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Segundo Ducuara Moreno es responsable de haber causado la muerte a Máximo Moreno Camacho o Bríñez, con el propósito de matar, por medio de dos heridas en la cabeza ocasionadas con instrumento contundente, hecho sucedido el veintidós de abril de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), en las horas de la tarde, en la fracción denominada 'Loany y Toy', Municipio de Ortega, de este Distrito Judicial?".

El Jurado contestó: "Sí es responsable, pero sin intención de causar la muerte".

El cuestionario relacionado con las lesiones sufridas por Ernesto González, el cual fue redactado de acuerdo con el auto de proceder, fue contestado afirmativamente.

El Juez del conocimiento, en sentencia del 11 de marzo de 1954, condenó a Segundo Ducuara Moreno, por los delitos de homicidio y lesiones personales en Máximo Moreno y Ernesto Gonzáles, a la pena principal de cuatro años y dos meses de presidio y a las accesorias correspondientes, interpretando el veredicto pronunciado en relación con el homicidio, en que se afirmó que el acusado era responsable de este delito "pero sin intención de causar la muerte", en el sentido de que se trataba de un homicidio preterintencional, previsto y sancionado por el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en el cual dosificó la pena impuesta en la sentencia.

No habiendo sido impugnada esta sentencia por ninguna de las partes, se envió el proceso al Tribunal Superior de Ibagué, para que se surtiera el recurso de la consulta del fallo en cuestión. El Tribunal al revisar este fallo, en providencia del 24 de septiembre de 1954, revocó la sentencia consultada, y en su lugar declaró notoriamente injusto el veredicto, y ordenó convocar un nuevo Jurado.

El Tribunal para hacer esta declaración de contraevidencia, lo hizo fundándose en las razones siguientes:

"En el presente caso, como ya se dijo, está ampliamente probado que la muerte causada a Moreno fue producida por golpes de piedra que éste recibió en la cabeza. También está ampliamente acreditado que con insistencia y en tres ocasiones consecutivas Ducuara atacó a Moreno y a su compañero: lo hería, seguía adelante, y luego los aguardaba. Otro hecho que está también acreditado es el de que la peinilla que llevaba Ducuara se la quitó o se la agarró el occiso en acto desesperado de defensa. También lo está, porque lo relatan todos los testigos presenciales,

que cuando Moreno estaba en el suelo, lo golpeó con piedras, arma ésta contundente y por sí sola capaz de causar la muerte cuando se dirige a la cabeza.

"¿De dónde, pues, sacaron los Jueces de conciencia que no hubo intención de matar, sino de herir, cuando con piedra golpeó a Moreno en la cabeza? Se dice que por el no empleo de la peinilla, arma que se considera más eficaz para causar la muerte.

"Para el Tribunal, según el lugar donde se dirige el arma, es tan mortal un golpe con una piedra u otro instrumento contundente, que con una peinilla o un revólver, etc.

"Si la intención de Ducuara hubiera sido únicamente la de herir, después del primer encuentro con Moreno, se hubiera retirado definitivamente; pero como ya se vio, por tres veces consecutivas insistió en el ataque sabiendo que Moreno y González no llevaban arma de ninguna especie.

"La testigo Sara Moreno dice que cuando Ducuara la vio se le fue encima y amenazándola de muerte agregó: 'que había hecho la primera que bien podía matarla'. La testigo Anunciación Moreno dice que las piedras eran de tamaño voluminoso.

"Hay otro indicio que descarta la posibilidad de que la intención de Ducuara fue simplemente la de herir, y es la carta que éste dirige a Francisco Ramírez, dándole instrucciones sobre lo que debía contestar. En esa carta le dice a Ramírez que debe decir que no llevaba peinilla; y como se encastilló en una negativa completa, si su intención fue solamente la de herir, ante el cúmulo de pruebas contra él, debió alegar esa circunstancia en retirada. De la manera racional de obrar los hombres y en presencia de las pruebas que obraban contra el encausado el mismo subconsciente lo llevaba a hacer una confesión cualificada, confesión que no la hizo, no obstante los numerosos careos que tuvo con los testigos presenciales.

"Además la respuesta del Jurado es ambigua: al contestar afirmativamente y decir: "sí es responsable", los Jueces de hecho, aceptaron que Ducuara fue el autor material; pero al negar la intención de matar debieron decir de manera precisa, cuál fue su verdadero pensamiento, si no quiso matar, quiso herir o fue un acto involuntario, sin dolo específico, o sea culposo".

El Juez Primero Superior siguió conociendo del negocio por impedimento aceptado al Juez Sexto Superior, doctor Servando Gutiérrez Aragón, a quien le había correspondido en un nuevo reparto el presente proceso.

A aquel Juez le correspondió someter a los nuevos jurados los mismos cuestionarios que habían sido propuestos a los que intervinieron en la primera audiencia, en relación con los delitos de homicidio y lesiones personales perpetrados en Máximo Moreno y Ernesto González.

Las respuestas dadas a estos cuestionarios por los nuevos Jueces de hecho que intervinieron en la audiencia, fueron las siguientes:

En relación con el homicidio en Máximo Moreno, la mayoría del Jurado contestó:

"Sí es responsable, pero sin intención de matar".

En relación con la cuestión de las lesiones sufridas por Ernesto González, el juri respondió, por unanimidad: "Sí es responsable".

El Juez Primero Superior de Ibagué, en desarrollo y como interpretación de estos nuevos veredictos, en sentencia calendada el 18 de mayo de 1961, condenó a Segundo Ducuara Moreno, como responsable de los delitos de homicidio y de lesiones personales, dando aplicación a los artículos 33 y 365 del Código Penal, a la pena de cuatro años y ocho meses de presidio y a las accesorias de rigor.

El *a quo* estimó, que de acuerdo con el veredicto dado por los nuevos jurados, el acusado Ducuara Moreno era "autor del delito de 'homicidio' en la modalidad de 'preterintencional', en la persona de Máximo Moreno".

El Tribunal de Ibagué, al revisar, en virtud del recurso legal de consulta, este nuevo fallo de primera instancia, que por lo tanto no fue tampoco impugnado por ninguna de las partes, lo reformó, en la sentencia recurrida en casación en el sentido de elevar la pena principal a cinco años de presidio.

En dicho fallo, el *ad quem*, atendiendo en parte la solicitud hecha por su colaborador Fiscal, declaró prescrita la acción penal en relación con el delito de lesiones personales consumadas en Ernesto González.

El *ad quem*, en su "lacónica" sentencia consideró que: "dada la respuesta del Jurado, la disposición violada es el artículo 362 del Código Penal en armonía con el 365". Es decir, que los falladores de instancia interpretaron tanto el último como el primer veredicto emitido en relación con el delito de homicidio, cometido en la persona de Máximo Moreno, en los que se aceptó la responsabilidad del acusado Segundo Ducuara pero se negó el propósito de matar, como una decisión condenatoria por un homicidio preterintencional, previsto y sancionado por el artículo 365 del Código Penal.

Posición de la defensa.

Durante las audiencias celebradas en este proceso, los señores defensores que en ellas intervinieron plantearon a los miembros de los dos jurados que fueron convocados la tesis del homicidio preterintencional, en forma clara, sosteniendo categóricamente que el procesado Ducuara Moreno no había tenido intención de darle muerte a Máximo Moreno, ya que solamente había tenido la de herirlo.

En la primera audiencia, celebrada el día 7 de noviembre de 1953, el defensor, doctor Servando Gutiérrez Aragón, expuso, según consta en el acta respectiva, lo siguiente:

"Concedido el derecho por segunda vez al señor defensor, después de hacer leer de la Secretaría varias piezas del expediente, entre las cuales la vista de fondo emitida por el señor Fiscal de entonces, doctor Restrepo Echandía, inicia la defensa de su cliente anotando contradicciones en las exposiciones de Ernesto González, las que calificó de mendaces, y expresa que si en realidad Ducuara Moreno fue el autor del hecho, se presentaba una situación que era necesario aclarar, porque si su defendido en realidad portaba peinilla-machete, como lo consignan los autos, y sólo asestó a Máximo Moreno golpes con instrumento contundente, bien con el plan de su machete o con piedras, ello estaba demostrando que su cliente no tuvo el propósito de matar sino de herir, porque si hubiera tenido intenciones homicidas le habría dado con el filo de la peinilla, lo que hizo, que por lo tanto se estaba frente a un homicidio preterintencional o ultraintencional porque actuó sólo con el propósito de causar unas lesiones. Plantea también la tesis de riña imprevista diciendo que como nadie supo o presenció cómo se inició el lance porque la declaración de González no puede tenerse en cuenta porque es interesada, y si se prestaron a la lucha, debe abonarse la circunstancia modificadora a favor de Ducuara Moreno. En síntesis plantea dos tesis al Jurado: la de riña imprevista para el acusado y la de homicidio preterintencional, contestando en este último caso el cuestionario diciendo que sí era responsable pero sin intención de matar".

En la segunda audiencia, celebrada el 5 de abril de 1961, el señor defensor, doctor Alfredo Huertas, expuso lo siguiente:

"Concedida la palabra al defensor, doctor Huertas, dice que está de acuerdo en parte con la tesis del Fiscal, en cuanto a la riña imprevista, porque está conforme al derecho y a los hechos. Continúa disertando sobre el fenómeno de la riña imprevista, argumentando que no está probado que Ducuara Moreno hubiera arrollado al occiso con las mulas para que hubiera habido provocación. Luego hace referencia al veredicto anterior, sosteniendo que en él se aceptó por tres ciudadanos integérrimos como los que componen el actual Jurado, el fenómeno de la riña imprevista, no obstante lo cual el Tribunal, en su sabiduría infinita, había considerado contraevidente dicho veredicto. Agrega que este negocio hubiera de haberse declarado prescrito, como lo solicitó el Fiscal anterior, pero que le complace que el actual Juez Primero Superior se esté preocupando por remover tántos negocios archivados, lo cual demuestra su celo por las cosas de la justicia. Luego hace un comentario sobre el fenómeno del homicidio preterintencional, argumentando que al no emplear Ducuara Moreno, como era lo natural, la peinilla-machete que portaba, sino una arma distinta, está demostrando muy claramente que la intención del acusado no fue la de matar, sino la de herir".

La demanda.

El reo recurrente, por medio de abogado inscrito en la Corte, oportunamente presentó la demanda de casación, en la que se impugna el fallo proferido en este proceso por el Tribunal Superior de Ibagué, con invocación de la causal tercera establecida en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que la sentencia recurrida está en desacuerdo con el veredicto proferido por el Jurado de Conciencia.

Los argumentos más destacados con los que el actor pretende demostrar la causal invocada son los siguientes:

"Segundo Ducuara fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio, y debía ser juzgado por un Tribunal de conciencia. Pues bien, ese Tribunal al rendir su veredicto le quitó la intención de matar al acto ejecutado por Ducuara, lo que en otras palabras quiere decir que calificó su actuación como hecho distinto al homicidio. Lo absolvió, porque si fue llamado a juicio por ese delito y el Jurado consideró que no existía porque en él no hubo intención criminosa de matar, entonces lo colocó fuera del ámbito de la ley penal.

"Esa es la interpretación que debe darse a un veredicto rendido en las condiciones expresadas. El Jurado considera, estima o determina que la persona procesada no tuvo el propósito, el ánimo o la intención homicida, lo que tanto quiere decir como que no es responsable, porque para que

haya responsabilidad es necesario la concurrencia de ese elemento espiritual que expresamente ha suprimido el Tribunal popular al dar su fallo.

"Si el juzgador hubiera querido declarar una responsabilidad, expresamente la hubiera manifestado, calificando inclusive el hecho en cualquiera de las categorías que existen del homicidio. Al no hacerlo, y decir en cambio que no hubo propósito hizo una absolución manifiesta.

"El Juez de derecho al interpretar ese veredicto no puede ir más allá y calificar el hecho a su acomodo para deducir de él una responsabilidad que no quiso deducir el Jurado, porque eso le quitaría la soberanía a éste. El Juez sólo puede declarar la contraevidencia del veredicto, mas no puede darle una interpretación acomodaticia. La responsabilidad penal debe ser explícitamente declarada, como cosa cierta que tuvo en su mente el Jurado. No puede conjeturarse.

"La ausencia del elemento intencional hace desaparecer el cuerpo del delito y la supuesta infracción de la ley penal desaparece, no quedando otro camino al fallador que declarar la inocencia del procesado. Así lo ha reconocido la honorable Corte en repetidas ocasiones, y así lo ha aceptado un inmenso número de tratadistas de Derecho Penal, porque cualquiera otra tesis sería completamente absurda porque se opondría a elementales principios de Derecho Penal, según los cuales no se puede llegar a un pronunciamiento condenatorio sin haberse establecido dentro del proceso y en forma plena el cuerpo del delito y sin que, por otra parte, aparezca también determinada, en forma completa, la responsabilidad del procesado.

"Pero el honorable Tribunal sentenciador no comparte estas doctrinas, y violando claramente la ley, contrariando la voluntad del Jurado y volviendo sobre un extremo procesal que ya no podía discutir por tratarse precisamente del juzgamiento realizado por segunda vez por el Jurado, nos dice lo siguiente:

'Considerando:

'Se trata de un segundo veredicto que es ya intocable'.

'Dada la respuesta de los jueces de conciencia, se está en presencia de un delito preterintencional contemplado en el artículo 365 del Código Penal'.

'El Tribunal explicó, a su juicio, en forma amplia en su providencia del 24 de septiembre el porqué aunque el arma empleada por Ducuara fuera una piedra, sus consecutivos ataques a Moreno tendían indicar más que la intención de herir la de matar; y cita también el testimonio de Sara Moreno, que indica en forma aproximada la intención de matar, lo mismo que su negativa a confesar el hecho suficientemente conocido y comprobado'.

'Dada la respuesta del Jurado, la disposición violada es el artículo 362 del Código Penal en armonía con el 365'.

"Nada más contrario a la voluntad de los señores jueces de conciencia que esa decisión del sentenciador, y, por otra parte, claramente ilegal y arbitraria. El mismo Tribunal reconoce que se trata de un veredicto intocable por ser el segundo dado en el proceso. ¿Entonces por qué vuelve a rectificar la voluntad de los jurados para interpretar acomodaticiamente su fallo? La primera vez el Tribunal desconoció esa voluntad popular declarando la contraevidencia del veredicto por estimar que Ducuara sí tuvo intención de matar. Se vuelve a someter el caso al Jurado, y éste responde por segunda vez que no hubo intención criminosa de matar. En esas condiciones al sentenciador no le quedaba otro camino que someterse a esa decisión, sin poder modificarla o interpretarla a su acomodo para imponer con base en ella una sentencia.

"Si el Jurado le quitó al hecho la intención de matar, su declaración no es otra que la de que Segundo Ducuara no es responsable de ese delito. En donde no existe el delito jurídica y legalmente considerado no puede haber responsabilidad penal.

"Los señores jueces de conciencia no dijeron que se trataba de un homicidio preterintencional, como lo sostiene el Tribunal. Y tampoco puede interpretarse que esa fuera su intención al dar su fallo, porque precisamente le quitaron ese elemento intencional en forma expresa, y todos sabemos que en el homicidio, así sea el preterintencional o u traintencional, debe haber intención criminosa".

El actor, a continuación y en un capítulo aparte, aunque expresamente no invoca ninguna otra causal, afirma que se violaron las disposiciones contenidas en los artículos 362 y 365 del Código Penal.

Con el propósito de demostrar este cargo el demandante expresa o afirma lo siguiente:

"En el capítulo anterior se puso de presente que uno de los elementos esenciales al homicidio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 362, es la intención de matar, el propósito del agente. Que en el homicidio de que trata el artículo 365 del mismo Código, ese propósito también existe, aunque de distinta manera, porque

no se puede concebir la figura jurídica del homicidio sin ese elemento espiritual.

"También se explicó cómo los señores jueces de conciencia al serles sometido por segunda vez el caso de Segundo Ducuara declararon lo mismo que en la primera oportunidad, o sea que el procesado no tuvo intención de matar. Es decir, que absolvieron a Ducuara del delito de homicidio por el cual fue llamado a responder en juicio. Pues bien, el honorable Tribunal interpreta equivocadamente la ley y le da una aplicación indebida.

"Aceptar que puede haber homicidio, como figura jurídica, sin que exista el elemento intencional es desconocer, no sólo la ley, sino la doctrina y la jurisprudencia que en repetidas ocasiones se han manifestado sobre ese tema. La lógica indica que en donde no existe el propósito de ejecutar un acto, no puede afirmarse que el agente fue el autor voluntario de él. Y si la ley exige como requisito esencial el propósito o intención en el agente, entonces no se puede contrariar el mandato del legislador y aceptar que puede haber una categoría de homicidio en que el propósito no es requisito esencial. El artículo 362 del Código Penal exige ese elemento, y del contexto del artículo 365 del mismo Código no aparece que se haya suprimido.

"Cuando el Tribunal nos dice que dada la respuesta del Jurado la disposición violada es el artículo 362 del Código Penal, en armonía con el 365, está interpretando erróneamente la ley porque da a entender que sin el elemento intencional puede configurar el homicidio, lo cual es absurdo. Dada la respuesta del Jurado, el hecho imputable a Segundo Ducuara en este proceso no constituye homicidio porque ese Tribunal popular le quitó uno de los elementos esenciales a él, cual es el propósito de matar.

"Cuando el honorable Tribunal hace la anterior afirmación para darle aplicación a los textos legales anteriormente citados, los está violando directamente, se está llevando de calle la ley penal sustantiva en ellos consagrada, por aplicación indebida al caso de autos. Si respecto de Ducuara el Jurado consideró que no había homicidio, entonces no cabía la aplicación de los artículos 362 y 365 del Código Penal".

De lo transcrito se deduce que lo que el actor invoca en esta última parte de su demanda es la causal primera de casación, y que la propone como consecuencial de la tercera, o sea como resultado del desacuerdo de la sentencia con el veredicto, que constituye el primer motivo de casación propuesto contra la sentencia acusada, con fundamento en esta causal de casación, pues estima que la decisión del juri entraña o debe conducir a un fallo absolutorio y no al reconocimiento de un homicidio preterintencional, descrito y sancionado por el artículo 365 del Código Penal, como lo han estimado los Jueces de instancia con serio fundamento y de acuerdo con jurisprudencia sostenida en varios fallos de casación, por esta Sala.

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al contestar el traslado de la demanda, y después de hacer un estudio general de ésta, y de resumir el hecho objeto de la controversia planteada ante esta corporación, entra en el estudio del cargo formulado a la demanda con invocación de la causal tercera de casación.

El señor colaborador Fiscal, previa la transcripción de algunos apartes de la demanda con los que el actor intenta demostrar la causal tercera primeramente invocada, procede a hacer un estudio del cargo formulado con fundamento en esta causal, o sea que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Para esto principia por fijar la posición de la Procuraduría frente a las distintas y aun opuestas tesis sucesivamente sentadas por la Corte frente a veredictos semejantes o iguales al emitido en este proceso, en los que después de aceptarse por los Jueces de hecho la responsabilidad del acusado, en el homicidio por el cual se le llamó a juicio, explica que no hubo de parte de éste intención o propósito de matar, pero no manifiestan expresamente si hubo únicamente intención de herir, o el hecho que causó el homicidio se debió a un acto de imprevisión o negligencia.

A este respecto expone con razón el señor Agente del Ministerio Público que la doctrina sentada por la honorable Corte en los casos de los procesos seguidos a Julia García Abril y Ulpiano Usaga, es muy distinta de la expuesta con ocasión de las sentencias de casación proferidas en los procesos seguidos a Flores Milo Quevedo, Julio David Giraldo Valencia y Joaquín Emilio Padierna Urrego. También hace referencia este funcionario a la jurisprudencia o tesis sostenida por la Corte en las sentencias de casación proferidas en los procesos de Antonio José Higuita Correa y de Jesús Zuleta Marín.

En efecto, en los fallos que el señor Procurador Delegado cita y de los cuales hace en su vista las transcripciones que considera pertinentes, la Corte, como interpretación de veredictos iguales o semejantes al dado en este proceso, en

relación con la imputación de homicidio formulada al reo Segundo Ducuara, ha sustentado dos tesis distintas, y en cierto modo opuestas, que se pueden resumir así:

En un principio, y cuando no había entrado a regir la Ley 4ª de 1943, cuyo artículo 28 estableció el sistema del cuestionario único, derogando el establecido en el artículo 498 del Código de Procedimiento Penal, que autorizaba el sistema embarazoso de los cuestionarios múltiples, que se podía proponer al Jurado, la Sala en reiterados fallos, entre los cuales pueden citarse los proferidos en los procesos seguidos contra Julia García Abril (2 de abril de 1943), Ulpiano Usaga (21 de mayo de 1945), Jorge Enrique Yepes (17 de agosto de 1945) y Eliud Potes (2 de marzo de 1948), sostuvo la tesis de que un veredicto en que se excluía el propósito de matar, en un delito de homicidio, aunque se reconociera la responsabilidad del acusado, debía conducir necesariamente a la absolución, pues una respuesta de esta clase desintegraba la figura del homicidio, ya que no había base segura para condenar, y que la interpretación extensiva de esta clase de veredicto era muy expuesta al error, como todo lo que es fruto de la conjetura.

Posteriormente, y a partir de la sentencia del 23 de enero de 1953, en el proceso contra Heroía Jiménez, la Corte rectificó su primitiva tesis, y especialmente en la sentencia del 8 de julio de 1955, dictada en la causa contra Julio David Giraldo Valencia, sostuvo que: "la negación del factor intencional contenida en la expresión 'pero sin el propósito de matar', no significaba otra cosa que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas al de un homicidio intencional 'y que la explicación que excluía la intención de matar no se oponía' a la existencia de un homicidio preterintencional o culposo, figuras delictuales que no llevan implícitamente envuelto el propósito de matar". En este mismo fallo se sostuvo, además, que: "Es evidente que el juri en su veredicto puede afirmar —como en este caso— 'sí es responsable, pero sin el propósito de matar', pero esta respuesta —se repite— no implica necesariamente la absolución del procesado, porque la responsabilidad se predica de la persona a quien se imputa un hecho. Sólo cuando el elemento subjetivo no es declarado con toda propiedad por el Jurado, corresponde al Juzgado o Tribunal —según el caso— desentrañar el pensamiento exacto de la respuesta mediante la interpretación del veredicto para fijar el alcance de esa responsabilidad y acomodarla en la disposición penal".

Además, y en relación con la primera tesis sostenida por la Corte, la Sala aclaró que dicha jurisprudencia "sólo es aplicable para aquellos casos en que es imposible moral y materialmente interpretar el veredicto; bien sea valiéndose de los propios términos en que se halla concebida la respuesta o del contenido del auto de proceder o de las alegaciones de las partes en la audiencia pública, o bien, de todo el caudal probatorio allegado".

Esta nueva tesis sostenida por la Corte, especialmente en el proceso de Giraldo Valencia, fue ratificada y ampliada en posteriores fallos, tales como los dictados en los procesos de Joaquín Emilio Padierna (22 de septiembre de 1955), Fabio de Jesús Zuleta Marín (octubre 27 de 1956), Juan Bautista Aguirre Ortiz (noviembre 19 de 1956).

Seguramente el motivo principal que determinó a la Sala a modificar su primera tesis en relación con la interpretación de un veredicto como el pronunciado en este proceso, se debió a la alarmante impunidad a que estaba conduciendo la aplicación indiscriminada de dicha jurisprudencia, con invocación de la cual se absolvía con frecuencia a los autores y responsables de homicidios cometidos, aun sin circunstancias atenuantes, por la sola razón de que el Jurado, a pesar de que expresamente reconocía la responsabilidad de los acusados, negaba en éstos el propósito homicida.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de reproducir apartes de algunos fallos que cita, para fijar su posición frente a las dos tesis sucesivamente sostenidas por la Corte, expone muy hábilmente un razonamiento bastante sutil y un poco especioso para llegar a la conclusión de que:

"Si lo anteriormente argüído es evidente, entonces puede de ello inferirse que la declaración 'sí es responsable', adicionada con la negativa del propósito punible acerca del cual y de modo concreto inquirió el funcionario del conocimiento al redactar el cuestionario, apenas guarda atinencia con la ejecución material de la muerte —en el caso de un homicidio—, porque con tal expresión, en manera alguna el Jurado ha admitido la existencia de una voluntad culpable nacida del dolo o de la culpa en el obrar, y por lo mismo, no ha dado lugar a que surja para el reo la obligación de sufrir una pena a causa de un delito cuyo elemento psíquico o subjetivo no lo halló probado quien estaba llamado a reconocerlo.

"En tal virtud, el 'sí es responsable' de la respuesta no es más que producto de una defectuosa redacción del cuestionario, y por carecer —como se ha visto— de toda resonancia jurídico-

penal, indefectiblemente conduce a aceptar que el juri no se decidió en ninguna forma sobre el elemento psíquico del hecho humano sometido a su consideración, siendo, por consiguiente, forzoso proferir sentencia absolutoria.

"De esta suerte y manera es como se arriba a la conclusión de que la antigua jurisprudencia de la honorable Corte, que ha sido objeto de las últimas consideraciones consignadas en el presente escrito, conserva su vigencia por ser susceptible de aplicación, aun tratándose de un veredicto emitido en respuesta a un cuestionario formulado con arreglo a las normas pertinentes de la Ley 4ª de 1943.

"Y haciendo ahora referencia concreta al fallo de hecho pronunciado en la causa seguida al poderdante del doctor Aya Z., es el caso de reconocer paladinamente que el Jurado se abstuvo de calificar la actividad psíquica realizada por Ducuara Moreno, y que el simple hecho de haber declarado que sí es responsable este individuo, no puede considerarse equivalente a decisión alguna. Y si no corresponde a decisión alguna, es entonces forzoso admitir que la negación de la responsabilidad, implícita en el rechazo del ánimo de dar muerte, no permitía proferir una sentencia condenatoria por razón de un homicidio de clase diversa al simplemente voluntario que fue sometido a la consideración del Jurado, y cuyo elemento subjetivo no lo declaró probado ese mismo Tribunal del pueblo. Era, pues, preciso absolver al justiciable.

"Así las cosas, considera este Despacho que la causal tercera invocada por el recurrente tiene cabal fundamento en la realidad procesal, pues el veredicto que equivocadamente le sirvió de base al *ad quem* para proferir el fallo impugnado, no significa que el acusado Ducuara Moreno hubiera sido considerado responsable penalmente del homicidio que motivó su enjuiciamiento".

Consideraciones de la Sala.

La Sala considera que en el presente caso no existe desacuerdo entre el veredicto y la sentencia acusada, y que la decisión del Jurado no entraña necesariamente una absolución del reo, como lo pretende el demandante y lo estima el señor Agente del Ministerio Público. En desacuerdo con el criterio de éstos, la Corte considera que al sancionarse al reo Ducuara Moreno con aplicación del artículo 365, es decir, como responsable de un homicidio preterintencional, consumado en Máximo Moreno, la sentencia impugnada interpretó adecuadamente el veredicto, aplicando la tesis sostenida más recientemente en varios fallos de casación, y de acuerdo con la cual el veredicto, que con relación a un homicidio, acepta la responsabilidad del acusado, pero niega que éste hubiera tenido el propósito de matar, "no implica necesariamente la absolución del procesado, porque la responsabilidad se predica de la persona a quien se imputa el hecho".

Aunque es cierto que el Jurado no manifestó expresamente cuál había sido la verdadera intención con que obró el acusado al causar la muerte violenta de Máximo Moreno, fácilmente se deduce, dados los antecedentes procesales y especialmente la tesis sostenida por la defensa en la audiencia pública, que dicha intención fue únicamente la de lesionar al occiso. Esta interpretación no se opone a los términos expresos del veredicto y está en perfecto acuerdo con la realidad procesal, la que ni la misma defensa pretendió desconocer.

En efecto, en el auto de proceder se llamó a responder en juicio a Segundo Ducuara por un homicidio de propósito, con fundamento en el dicho de varios testigos presenciales que afirman que vieron cuando este sujeto hirió en la cabeza, con piedra y con instrumento contundente, al occiso, y teniendo en cuenta que la causa determinante de la muerte de Máximo Moreno fue dicha lesión, de acuerdo con la conclusión a que se llegó como resultado de la autopsia, en la que se dejó la constancia de que: "con claridad meridiana y según el resultado de esta autopsia, se puede concluír que la causa determinante de la muerte del occiso Máximo Moreno fue la fractura de la base del cráneo, que fue causada con arma contundente".

En forma tan indudable se estableció en autos que el acusado Ducuara Moreno fue el único autor y, por lo tanto, el responsable del homicidio de Máximo Moreno, debido a la lesión o lesiones que dolosamente le causó a éste, que la defensa en la audiencia ante los jurados no intentó siquiera negar esta autoría y se limitó a sostener que estas lesiones las causó sin intención de matar y únicamente con el propósito de lesionar al occiso.

Por lo tanto, fue la misma defensa en la audiencia pública ante el Jurado que pronunció el veredicto, la que planteó, según se vio, la situación atenuada de un homicidio preterintencional, tesis que indudablemente fué acogida por los Jueces de hecho al aceptar con un "sí es responsable" la autoría del sindicado Ducuara Moreno en el homicidio consumado en Máximo Moreno, aunque negando que aquél hubiera tenido el propósito de matar a éste, lo que precisamente tipifica un homicidio preterintencional, porque las lesiones que determinaron el resulta-

do mortal fueron inferidas voluntaria y dolosamente por el acusado, pues si hubiera sido de otra manera el juri hubiera negado también la responsabilidad.

Para la existencia del homicidio preterintencional deben concurrir los requisitos siguientes:

1º Que se produzca la muerte injusta de un hombre; 2º Que el resultado mortal haya sido causado por la actividad de un sujeto penalmente responsable; 3º Que este sujeto no haya tenido el propósito de matar, pero sí el de causar una lesión o un daño en la integridad personal de la víctima del delito.

Por lo tanto, en el homicidio preterintencional el resultado mortal sobrepasa la intención del sujeto activo del delito, pero este resultado es el efecto necesario de una conducta dolosa que acarrea una sanción penal. Por eso, cuando la muerte se produce como efecto de una lesión intencional, aunque el acusado no hubiera tenido el propósito de matar, éste comete un homicidio preterintencional, que es el caso contemplado en este juicio, y a lo que conduce la acertada interpretación del veredicto que sirvió de fundamento a la sentencia acusada, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el proceso y la misma tesis planteada por la defensa en la audiencia pública en que intervinieron los jueces de conciencia que profirieron dicho veredicto.

Si se tienen en cuenta estos factores o antecedentes procesales, sin dificultad se concluye que la respuesta del Jurado entraña para el acusado el reconocimiento de una responsabilidad por un homicidio preterintencional, que el artículo 365 del Código Penal define y sanciona en los términos siguientes: "El que con el propósito de causar una lesión personal ocasionare la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

La responsabilidad penal, aunque no es fácil de definir, es una noción cuyo significado no escapa aun a una persona no perita en conocimientos jurídicos. Fue Romagnosi quien primero precisó el concepto de responsabilidad cuando dijo: "una cosa es la imputabilidad y otra la responsabilidad. Por la primera se le atribuye a uno algún efecto determinado, como causa productora de éste. Por la segunda se pretende obligar a alguien a resarcir un daño determinado y a sufrir una pena determinada, por motivo de aquel efecto determinado".

Impallomeni repitió este concepto en los siguientes términos: "La responsabilidad penal es la obligación de sufrir una pena a causa de un delito; luego uno es penalmente responsable cuando todas las consecuencias materiales y morales previstas por la ley como esenciales al delito, se encuentran existentes en el hecho imputado".

En consecuencia, cuando se afirma en un veredicto que el acusado "sí es responsable" de un homicidio, esta declaración necesariamente entraña que está obligado a sufrir una pena por motivo de este delito, es decir, que debe ser sancionado. La explicación que añade que el homicidio lo cometió "sin intención de matar", lógicamente sólo puede interpretarse en el sentido de que no puede sancionársele por un homicidio de propósito o intencional, pero no que no esté obligado a sufrir una pena por un homicidio no intencional, cual es el preterintencional y el culposo, que son figuras delictuosas de las cuales está, por definición, expresamente excluído el propósito de matar.

Pero si como ocurre en el caso en estudio, el resultado mortal se produjo como efecto de una lesión intencional y, por lo tanto, dolosa, no hay duda de que el autor de esta clase de lesión, aunque no hubiera tenido el propósito de matar, está obligado a sufrir la pena que le corresponde como responsable de un homicidio preterintencional, previsto y sancionado por el artículo 365 del Código Penal.

Por esto, considera la Sala que no es acertada la tesis del señor colaborador Fiscal, cuando expresa que descartado por el Jurado el propósito de matar, la declaración "sí es responsable" "apenas guarda atinencia con la ejecución material de la muerte —en caso de homicidio—, porque con tal expresión, en manera alguna el Jurado ha admitido la existencia de una voluntad culpable nacida del dolo o de la culpa en el obrar, y por lo mismo, no ha dado lugar a que surja para el reo la obligación de sufrir una pena a causa de un delito".

En consecuencia, la Sala reafirma que la tesis acertada que debe aplicarse para la interpretación de un veredicto como el que en este proceso fue proferido y que sirvió de fundamento para dictar la sentencia recurrida, es la expuesta en casación del 8 de julio de 1955, en el proceso contra Giraldo Valencia, ratificada y ampliada en posteriores fallos, principalmente en el de 26 de octubre de 1956, en la casación de Zuleta Marín, en el que se expresó lo siguiente:

"El problema que durante mucho tiempo inquietó a la Corte puede presentarse cuando el cuestionario no se redacta en la forma antes comentada, de haberse causado una lesión y haberse producido la muerte, sino cuando se pregunta si el acusado es responsable de haber ocasionado la muerte con propósito de matar. Muy conocida es la jurisprudencia sentada anterior-

mente por esta Corte, de que negado el propósito, automáticamente queda desintegrada la figura del homicidio, que exige una relación de causalidad entre la intención y el resultado.

"Esta doctrina se rectifica al presente, siguiendo el pensamiento consignado en las dos casaciones antes citadas, y para ello se razona:

" 'En el auto de proceder se formulan al acusado los cargos correspondientes al homicidio, y en el cuestionario se interroga al Jurado sobre la responsabilidad, el propósito y el nexo de causalidad entre la acción humana del agente y el resultado dañoso de la muerte. Afirmados por el Tribunal popular estos tres elementos, los Jueces de Derecho se encuentran frente a un homicidio de simple intención. Cuando el Jurado afirma la responsabilidad, está indicando que el acusado debe sufrir la pena correspondiente a su actividad delictuosa; pero si le agrega que no se tuvo la intención de causar la muerte, apenas se niega el segundo de los elementos tipificadores (la intención), con lo cual el homicidio, por regla general, se convierte de intencional en preterintencional, pues no se ha negado el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Para absolver sería necesario que el Jurado negara la responsabilidad o afirmara alguna de las causas justificativas del hecho' ".

De lo expuesto se concluye que al sancionarse al reo Ducuara Moreno en la sentencia impugnada en casación, dándole aplicación al artículo 365 del Código Penal, es decir, como responsable de un delito preterintencional, se interpretó adecuadamente el veredicto proferido en este proceso, en relación con el homicidio consumado en Máximo Moreno, y, por lo tanto, no se incurrió en dicha sentencia en la violación de esta disposición legal, que fue debidamente aplicada.

No obstante, que según lo expuesto, no puede prosperar el recurso de casación propuesto con invocación de la causal tercera y que, por lo tanto, no se podría casar la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, absolviendo al acusado Segundo Ducuara Moreno, la Sala en esta providencia habrá de ordenar la cesación de todo procedimiento penal contra éste por haberse cumplido a la fecha, con exceso, el término requerido para que se opere el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, porque a pesar de haberse interrumpido dicha prescripción por el auto de proceder, ella comenzó nuevamente a correr, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 del Código Penal, desde la ejecutoria de dicho auto, lo que ocurrió, según constancias procesales, el ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, fecha ésta desde la cual ha transcurrido un lapso superior a los nueve años y cuatro meses, que es el término requerido por la ley para que se cumpla en este juicio la prescripción de la acción penal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 105 y 365 del Código Penal, teniendo en cuenta que de acuerdo con la sentencia recurrida que interpretó debidamente el veredicto, se trata de un homicidio preterintencional.

Conviene anotar que la demora que permitió que se cumpliera en este proceso la prescripción de la acción penal se debió a la dilatada actuación de él en la primera instancia, principalmente ocasionada por la circunstancia de la intervención de dos jurados diferentes, como consecuencia de haberse declarado el primer veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara prescrita la acción penal* en este proceso, y, en consecuencia, *ordena* cesar todo procedimiento penal contra el reo Segundo Ducuara Moreno, adelantado por motivo del homicidio consumado en Máximo Moreno, el veintidós de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

Como el acusado Ducuara Moreno se encuentra actualmente detenido preventivamente, se *ordena* se lo ponga en libertad incondicionalmente, siempre que no esté sufriendo detención por otra causa.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Juzgado de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CRITICA DEL TESTIMONIO.—EL ERROR OSTENSIBLE O MANIFIESTO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO ES EL UNICO QUE DA LUGAR A QUE PROSPERE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—FUNCION DE LA CORTE EN CASOS EN QUE ES PROTUBERANTE EL ERROR.

1. Tanto las tachas que el demandante formula al testimonio de una deponente, como de las que hace con respecto a la declaración de la otra, no son suficientes para que pueda concluírse que el ad quem, al darle credibilidad al testimonio de la última, incurrió en un error ostensible en la apreciación de las pruebas tomadas en cuenta para condenar al procesado, error ostensible o manifiesto que es el único que da lugar a que prospere la causal segunda de casación, como lo ha dicho esta Sala en diversos fallos.

La captura de la testigo y su encarcelación previa a su testimonio, así como el interrogatorio a que antes la sometieron dos detectives, quienes le pusieron, además, "en conocimiento de la gravedad en que estaba incurriendo", es cierto que le resta espontaneidad a la declaración, pero de ello no se infiere, necesariamente, que el testimonio así rendido sea falso, condición esta de la falsedad que es lo único que permite concluír, en tal caso, que el juzgador de segunda instancia incurrió en error manifiesto en la apreciación de las pruebas. La sola sospecha sobre la credibilidad del testimonio no constituye ese yerro protuberante, si el ad quem concedió, sin reservas, esa credibilidad.

Al oponerse simplemente el demandante al criterio del ad quem, en cuanto a la credibilidad que le concede a los testigos de cargo enfrentando su personal opinión, pero sin haber demostrado que el juzgador incurrió en un error manifiesto en la apreciación de las pruebas, no ha comprobado, con ello, los reparos propuestos contra la sentencia con invocación de la causal segunda de casación.

2. La Corte, en varias providencias, ha expresado que con respecto a la estimación de la prueba dentro del recurso de casación, "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. LXXXII, Nos. 2160-2161, págs. 845 a 846).

De acuerdo con lo antes considerado, se tiene que el ad quem, en la sentencia impugnada, no incurrió en ese error manifiesto en la estimación de los elementos de juicio tomados en cuenta para condenar al procesado por el delito de homicidio. Los cargos propuestos por el demandante, con invocación de la causal segunda del artículo 567 del Codigo de Procedimiento Penal, no resultan probados en cuanto al delito de homicidio de que se ha hecho referencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo seis de mil novecientos sesenta y tres.

(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 Manizales, fechada el 15 de junio de 1961, por la cual, entre otras determinaciones, le fue impuesta al procesado Gilberto Salazar Carmona la pena principal de doce años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y robo de que fue víctima el señor Alfonso Uribe Uribe.

Hechos.

En la noche comprendida entre el nueve y diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve fue muerto el señor Alfonso Uribe Uribe

a consecuencia de heridas contusas que le ocasionaron cuando cumplía la labor de vigilancia en la bomba de gasolina de la empresa "Esso" que funciona en la ciudad de Chinchiná (Caldas), en la carrera 4ª con la calle 6ª. Como sindicados, rindieron indagatoria Gilberto Salazar Carmona, Jaime Valencia Calle, Dumas Salazar Carmona y Leonardo Granada García, respecto de quienes, con la salvedad del procesado recurrente, se absuelve en el fallo impugnado.

El *ad quem* hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

El lunes 9 de noviembre de 1959 los imputados Gilberto y Dumas Salazar Carmona (hermanos), siendo más o menos las ocho de la noche, resolvieron tomar la camioneta de su padre y salir de parranda de la población de Chinchiná. Para esto Gilberto tomó el manejo del vehículo, acompañado de su hermano Dumas, y así se dirigieron al barrio de prostitución, hacia la cantina de la mujer pública Rubiela Ríos Gaviria (alias "La Loca"), con quien se tomaron algunas bebidas embriagantes, hecho lo cual pasaron a la cantina próxima, donde asistía la mujer Marina Rivera, cantina de la cual eran dueños o administradores Emilio Arroyave y Libia López o Amparo López. Allí, después de ingerir los cuatro otras bebidas alcohólicas, Gilberto y Dumas Salazar convinieron en invitar a las dos mujeres públicas, Rubiela Ríos Gaviria y Marina Rivera (alias "La Polla"), a que se subieran en la camioneta a seguir el jolgorio hacia el lago de la represa de "La Chec", el que queda hacia las afueras de la población de Chinchiná y por la carretera que conduce a la población de Palestina. Las mujeres aceptaron la propuesta, ya que Rubiela Ríos era la preferida de Dumas Salazar para sus relaciones sexuales, como las dos mujeres lo afirman, y Marina Rivera parece que era la que ocupaba sexualmente el imputado Gilberto Salazar. Salieron los cuatro más o menos a las nueve de la noche hacia el lugar dicho, manejando el automotor Gilberto Salazar, y en la cantina del lago los cuatro siguieron tomando cerveza Costeña, durante una hora más o menos. A esta hora Gilberto Salazar tomó la camioneta, y dejando allí a sus compañeros, se regresó a Chinchiná dizque a verse con un sujeto en el barrio de prostitución, habiendo regresado más o menos una hora después solo a la cantina del lago, donde los cuatro continuaron tomando.

"No se sabe a qué individuo fue a buscar, ni para qué. A muy poco rato de haber regresado, el mismo Gilberto Salazar propuso a su hermano y a las dos mujeres que se fueran para la cantina 'El Trébol', la que quedaba a una media hora de la del lago y cerca a la finca de los mismos sindicados. Efectivamente se dirigieron los cuatro en la camioneta hacia la cantina 'El Trébol', administrada por un señor José Piedrahíta, a quien los sindicados Salazar llamaban 'el tío', según el relato de las mujeres. En dicha cantina ingirieron más cerveza y aguardiente y habiéndose quedado allí Gilberto Salazar y las mujeres, Dumas les dijo que como la finca de su padre estaba cerca se iba a traer de allí una carga de café en la camioneta, y así lo hizo. En la cantina de 'El Trébol', una vez regresó Dumas con uno o dos bultos de café, ingirieron varias bebidas embriagantes y también comieron, y se dice que cuando iban a salir de dicho establecimiento, Gilberto Salazar cogió una varilla de hierro, más bien corta y gruesa, la que estaba detrás de una puerta, y la colocó dentro de la camioneta y a los pies, y diciendo que se la llevaba por si acaso el carro se dañaba. Salieron de 'El Trébol', con la varilla, las dos mujeres y los dos Salazares, y más o menos a una cuadra de esta cantina Gilberto Salazar que la (sic) manejaba, la (sic) paró frente a la Inspección de Policía de 'El Trébol', en donde se encontraban de pies dos Agentes de Policía, al servicio de esa Inspección. Uno de los dos Agentes era Argemiro Taborda Arango, amigo de los sindicados, según se establece, y el otro un Agente Sánchez. Ya los seis sujetos se vinieron en la camioneta, manejada siempre por Gilberto Salazar, y el Agente que se dice que es Sánchez se quedó en sitio cercano de la Inspección de 'El Trébol', donde había salido, pero antes se le había ofrecido algunas cervezas por los sindicados.

"Siendo más o menos las dos de la mañana, según dicen las mujeres testigos, los sindicados Salazar emprendieron el regreso a Chinchiná, pero antes, en la cantina de 'El Trébol', habían dejado a guardar el café, y el sindicado Dumas le dijo al dueño de la cantina, que según se infiere era muy amigo de los sindicados, que le prestara doscientos pesos, que después arreglarían. El señor José Piedrahíta, dueño de tal establecimiento, prestó la plata a Dumas Salazar, habiendo dejado allí el café (una carga), según está comprobado. Emprendieron definitivamente el viaje hacia Chinchiná los sindicados y las mujeres, habiéndose colocado en la camioneta así: Gilberto Salazar en la cabina, manejando la camioneta; adelante, en la misma cabina, el Policía Argemiro Taborda, y en medio de estos dos sujetos la mujer Marina Rivera (alias 'La Polla'). Atrás, en el espacio de la carrocería, se colocaron tendidos en una ruana y bajo la carpa, el sindicado Dumas Salazar Carmona y la mujer Ru-

biela Ríos (alias 'La Loca'), según lo afirman tanto las mujeres como los mismos incriminados, y porque Dumas era el concubinario permanente de la Ríos y porque Gilberto Salazar tenía relaciones sexuales con la otra, o sea Marina Rivera.

"Un pequeño rato antes de las tres de la mañana, o a esa hora, llegaron en la camioneta roja a la bomba de la población de Chinchiná los cinco pasajeros, o sea los dos hermanos Salazar, las dos mujeres que se han nombrado y el Policía Taborda, a la bomba de gasolina de la misma población, bomba asistida en ese momento por el hoy occiso Alfonso Uribe Uribe, y cuadraron la camioneta cerca a los surtidores de gasolina, al lado de afuera, con el objeto de proveer dicho aparato de gasolina, según dicen ambas mujeres testigos, y como lo manifiesta el sindicado Gilberto Salazar en su primera declaración del folio 18 vuelto. Una vez cuadrado el carro —dicen las dos mujeres testigos— Gilberto primero y luego el Policía Taborda llamaron al celador de la bomba 'Esso', señor Alfonso Uribe Uribe, y éste, a pesar de que estaba lloviendo, salió a atender el llamado cubierto con varias ruanas, y en ese momento le pidieron que le echara gasolina al carro. En este mismo instante —y en esto están de acuerdo las dos testigos— fue cuando el mismo Gilberto Salazar dijo a las mujeres Marina Rivera y Rubiela Ríos que se bajaran de la camioneta y esperaran en una casa cercana mientras el celador echaba la gasolina al aparato. Las mujeres, como es natural, obedecieron la orden de sus concubinarios y se bajaron al mismo tiempo que Gilberto Salazar y el Policía Taborda, habiendo cogido Gilberto la varilla o barra de hierro que traía en el carro. Después de esto, las mujeres se dirigieron hacia la casa cercana donde las había mandado Gilberto, y se sentaron en el barranco próximo a la pared de dicha casa. Como las mujeres estaban inquietas por la demora de los sindicados, dizque echándole gasolina al carro, y la Ríos le dijo a la Rivera que ya llevaban mucho rato esperando, Rubiela Ríos se puso de pies y miró hacia la bomba, a ver qué pasaba, y vio que Gilberto Salazar, con una varilla de hierro gruesa, le daba al celador Alfonso Uribe Uribe, y que a un lado de ellos el Policía Taborda presenciaba el hecho. En vista de esto, la mujer Rubiela pronunció: 'He, Ave María, Gilberto es muy grosero, mira cómo le está dando a ese señor'. Dice la Ríos que le dijo a su compañera que se fueran a donde había visto los sucesos, y que desistieron de ese intento, porque la Rivera le contestó que nada iban a hacer allá, que carecía de objeto. Después de que una de las testigos vio dar los golpes al celador, ya no lo volvió a ver desde ese sitio y más o menos a un cuarto de hora después, los Salazar y el Agente Taborda arrimaron afanados donde estaban las mujeres, y Gilberto Salazar les dijo que se subieran rápidamente a la camioneta, y así lo hicieron, tomando las mismas posiciones que traían antes. Así, todos se dirigieron al barrio de prostitución, y pasaron por la cantina de Marina Rivera, y los sindicados constataron que allí había unos Policías tomando licor, y de allí se dirigieron hacia el Cuartel de la Policía, habiendo impedido antes que la Ríos se bajara en la cantina donde trabajaba, que era donde los Policías estaban tomando. Todos los cinco se dirigieron hacia el Cuartel de la Policía, por orden de Gilberto y el Policía Taborda, dizque a poner el denuncio por haber encontrado al celador Alfonso Uribe muerto, y en el trayecto, tanto Gilberto Salazar como el Policía Taborda, según dicho de las testigos, encomendaron repetidamente a estas mujeres que no fueran a decir que se habían bajado en la bomba de gasolina 'Esso', y que si preguntaban por el celador Alfonso Uribe, que las mujeres contestaran que lo habían encontrado muerto, en dicha bomba, y que si alguna de las testigos contaba, que se vengarían castigándolas a palo, y que por este motivo, dice la Rivera, fue que ella negó en su primera declaración la forma como realmente habían ocurrido los hechos, o sea como fue muerto el celador. Las mujeres fueron dejadas en el Cuartel de la Policía, una vez que los sindicados dizque pusieron el denuncio, allí se le tomó la primera declaración a Marina Rivera, como puede verse al folio 18 del informativo, declaración en la cual niega la participación de los sindicados. Esta declaración fue tomada por el Alcalde de esa época, de quien está probado fehacientemente (f. 134, final) que es pariente de los sindicados Gilberto y Dumas Salazar Carmona. Es extraño que a la mujer Rubiela Ríos no se le recibió declaración por el mismo Alcalde, a pesar de estar en la misma Policía con Marina Rivera, y a pesar de que el mismo Alcalde, pariente de los sindicados, siguió instruyendo el sumario en muy buena parte. De acuerdo con la información dada por los mismos sindicados Salazar y Taborda, las autoridades concurrieron antes de amanecer al levantamiento del cadáver del celador o 'Guachimán' Alfonso Uribe Uribe, y constataron que al pie de éste se encontraba una barra de hierro ensangrentada, y que en la cabeza presentaba Uribe una gran contusión.

"Es la relación de los hechos...", anota el *ad quem*..., "tomada de las declaraciones de las mujeres que acompañaban a los sindicados Salazar y Taborda".

Demanda de casación.

El doctor Jaime Chaves Echeverri, en su condición de apoderado de Gilberto Salazar Carmona, en extensa y detallada demanda (fs. 9 a 101 del cuaderno de la Corte), propone la causal segunda de casación, a través de la cual formula los siguientes cargos:

I. "En la sentencia impugnada...", dice..., "por error flagrante en la interpretación de los hechos, se les atribuyó el valor probatorio que no tenían a los siguientes:

"a) Los relatados por la mujer Marina Rivera en su declaración de los folios 47 y siguientes del informativo;

"b) Los relatados por la mujer Rubiela Ríos Gaviria en su declaración de folios 61 y siguientes;

"c) Los contenidos en el relato que aparece en carta manuscrita visible a folio 77 del cuaderno principal;

"d) La aceptación de que los sindicados fueran vistos por el testigo Nepomuceno Gómez H. en las oficinas correspondientes a la bomba de gasolina que fuera teatro de los hechos, antes de que concurrieran las autoridades a ese lugar a practicar la diligencia de levantamiento del cadáver;

"e) La aceptación como móvil del homicidio, en relación con el señor Gilberto Salazar, del presunto delito de robo, delito que —entre otras cosas— no está demostrado plenamente en sus elementos materiales y está descartado fehacientemente, respecto a mi defendido, si se atienden circunstancias establecidas en el proceso, y

"f) Otros hechos de menor importancia, pero íntimamente vinculados a los anteriores, y de los cuales se hablará a medida que éstos vayan siendo analizados".

II. Anota también que "en la sentencia recurrida, por flagrante error en la interpretación de los hechos, se les negó el valor probatorio que tienen, a los siguientes:

"a) A los relatados por la mujer Marina Rivera, en sus declaraciones de folios 10 vuelto y 160 y siguientes, y en la diligencia de inspección ocular (fs. 165 y ss.);

"b) Los narrados por los sindicados (hermanos Salazar y Agente Taborda) en las diversas diligencias en que intervinieron, y

"c) A otros que, por el camino de la inferencia lógica, excluyen la participación del señor Gilberto Salazar en los actos criminosos consumados en perjuicio del señor Alfonso Uribe Uribe".

III. Agrega que "la sentencia recurrida no tuvo en cuenta los siguientes hechos, no obstante estar plenamente acreditados en el proceso:

"a) Que el número de atacantes fue plural, y que entre ellos intervino uno provisto de arma cortopunzante, circunstancia que descarta la veracidad de las declaraciones de Rubiela Ríos Gaviria y la acusatoria de Marina Rivera, y

"b) Que los atacantes llegaron a pie al lugar de los hechos, circunstancia demostrativa de que tanto mi patrocinado como sus acompañantes concurrieron al mismo lugar después de consumada la muerte del occiso".

IV. Por último, expresa que "son hechos aceptados por la sentencia recurrida, y que se contradicen entre sí, los siguientes:

"a) Que el móvil del homicidio haya sido el robo, y

"b) Que se acepte como autor de esos delitos a una persona que, tal como está acreditado en el proceso en relación con el señor Gilberto Salazar, es ilógico —por decir lo menos— que, en el evento de haber eliminado a Uribe, lo hubiera hecho guiado por un propósito de lucro".

En ocho acápites hace el impugnante las distintas consideraciones, en las cuales apoya los cargos que formula a la sentencia acusada, los que serán examinados por la Sala más adelante.

Afirma, también, que fueron violadas las siguientes disposiciones:

"a) Artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se dictó sentencia condenatoria sin que obrara en el proceso, legalmente producida, la prueba plena o completa de que el señor Gilberto Salazar Carmona es el autor responsable de los delitos de homicidio y robo, consumados en perjuicio de Alfonso Uribe Uribe;

"b) Artículo 204, por cuanto las pruebas aportadas por la investigación no fueron apreciadas por su estimación legal por el honorable Tribunal Superior, además de que las dudas existentes, y que no son eliminables, no se absolvieron a favor del procesado;

"c) Artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se dio el carácter de pruebas incompletas a hechos no probados;

"d) Artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados personalmente por el Juez, el Agente del Ministerio Público y los peritos, y que se hicieron constar en

diligencia de inspección ocular, fueron desconocidos en el fallo, no obstante tener la entidad de plena prueba;

"e) Artículo 223 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se aceptó como indicio un hecho que no sólo está probado insuficientemente, sino que aparece desmentido en el proceso;

"f) Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se desatendieron las reglas que deben regir la crítica del testimonio;

"g) Artículo 250, por cuanto se aceptó como legalmente producida una declaración recibida como flagrante violación de dicha norma;

"h) Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se desconoció la presunción de credibilidad, asignada por la disposición a la confesión no desvirtuada de los sindicados, e

"i) Las disposiciones concordantes y complementarias con las anteriores".

Consideraciones de la Sala y concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de un atento examen de la demanda de casación, estima que los cargos propuestos contra la sentencia recurrida no resultan comprobados, por lo cual no corresponde su invalidación. Expresa el Ministerio Público que "después de realizar el estudio cuidadoso del expediente, ha llegado a la conclusión de que la providencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales contra Gilberto Salazar Carmona está ajustada a derecho. No se ha encontrado, por parte alguna, violación de los artículos 203, 204, 206, 215, 223, 224, 250 y 255 del Código de Procedimiento Penal, como lo pretende el recurrente. En consecuencia, el recurso de casación interpuesto con invocación de la causal 2ª no habrá de prosperar...".

A los razonamientos del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal habrá de referirse la Sala en el análisis de los cargos que señala el demandante.

Cabe anotar que al proceso se le dio el trámite previsto en el Decreto extraordinario número 0012 de 1959, por lo cual el juzgamiento de Salazar Carmona se hizo sin la intervención del Jurado, siendo, en consecuencia, pertinente la causal segunda invocada.

Se tiene, pues, lo siguiente:

I. *Examen de las pruebas en la sentencia impugnada.*

Con respecto a "la situación legal de Gilberto Salazar Carmona", en el fallo recurrido se hace el siguiente análisis de las pruebas (fs. 344 a 377):

A. "Como está probado, Marina Rivera (alias 'La Polla') fue una de las testigos que acompañó toda la noche a los imputados Gilberto y Dumas Salazar Carmona en su viaje a 'El Trébol' y demás sitios de esa misma región. Su primer testimonio lo rindió en noviembre 10, o sea en la misma mañana del crimen, como puede verse al folio 10 del proceso. Esta declaración de la Rivera es cortísima, es de media página, y por ende, no corresponde a una narración detallada que ha debido tomársele sobre un hecho o hechos graves, como fue un homicidio y un robo. El testigo que quiere eludir la verdad, dice François Gorphe, es corto y ajeno de circunstancias, y de explicaciones, precisamente porque es difícil inventar rápidamente cosas que no han sucedido. Se limita la testigo Rivera a decir en el folio 10 que la noche de los crímenes venía de 'El Trébol' con los imputados Salazar Carmona y que al llegar a la bomba llamaron al celador, y que como no respondió, el chofer, Gilberto Salazar, miró y lo vio estirado, en medio de unos carros; que no supo cómo había ocurrido la muerte, y que en seguida se fueron a avisar a las autoridades tal insuceso. Este es el resumen fiel de esta declaración de Marina Rivera. Como se ve, nada explica, nada detalla acerca del viaje y nada, tampoco, se le pregunta por el instructor acerca de las muchas incidencias que más tarde relató la misma deponiente.

"Pero es que para la Sala este primer testimonio de Marina Rivera no merece ninguna credibilidad, en cuanto niega ser sabedora de quiénes dieron muerte al celador Alfonso Uribe, porque este testimonio fue rendido en ciertas circunstancias que claramente se deduce que fue influenciada, no sólo por los propios sindicados, sino por el mismo funcionario instructor que le recibió la declaración a la Rivera, funcionario instructor quien claramente aparece que es pariente de los sindicados, y, sin embargo, no tuvo inconveniente en 'instruír' el sumario en buena parte. En efecto, fuera de la diligencia de levantamiento del cadáver que la practicó un Inspector de Policía (f. 1), este sumario fue instruído desde el folio 2 hasta la página 42 del mismo expediente, por el señor Alcalde Municipal de Chinchiná, señor Arturo Cañaveral V....", quien... "es pariente de los sindicados Gilberto y Dumas Salazar Carmona, como lo afirma el mismo defensor que los procesados tenían en esa época, así: 'He solicitado que se comisione al señor Inspector de Policía por cuanto el Alcalde de la misma ciudad está impedido,

ya que es tío político de los sindicados Salazar...' (f. 134).

"Por el solo aspecto anterior, la declaración de Marina Rivera, del folio 10, es sospechosa de que no haya dicho la verdad, de que no haya delatado a los responsables, porque fue recibida por el Alcalde de esa época, a quien no convenía aclarar la situación de responsabilidad contra sus parientes.

"Otro motivo para deducir de manera fundada que Marina Rivera fue advertida por los imputados de que no fuera a decir lo que presenció la noche del delito, es lo manifestado por ella misma en su testimonio acusatorio del folio 47, en donde da razones lógicas del porqué en su primera declaración recibida por el Alcalde, calló lo que sabía acerca de la responsabilidad de Gilberto Salazar en la muerte del celador de la bomba, pues manifiesta en el testimonio del folio 47: 'principio por decir que lo que voy a contar en esta declaración no lo dije en la que rendí ante la Alcaldía de esta población, el día diez de noviembre del año pasado, porque los señores de apellido Salazar, que son hermanos y se llaman Gilberto y Dumas, nos dijeron a mí y a mi compañera, que llamamos 'La Loca', que no fuéramos a contar nada, esto en la misma madrugada en que le pegaron al Guachimán de la bomba Esso...' ".

Más adelante, dentro del examen del testimonio de Marina Rivera, anota el *ad quem* lo que pasa a transcribirse:

"En cuanto a la declaración de Marina Rivera del folio 47 de este informativo, bastaría leerla detenidamente y hacer una confrontación cuidadosa con el dicho de esta misma declarante, que obra al folio 160, para concluír de manera categórica que en la declaración del folio 47 la testigo Rivera está diciendo la verdad, y que en la declaración del folio 160 se retractó por sugerencia de los mismos sindicados Gilberto y Dumas Salazar Carmona. Sin embargo, es bueno poner de presente algunos de los múltiples factores que hacen verosímil el dicho de Marina Rivera, que obra al folio 47 del expediente, y en donde es plenamente acusatoria, en contra de Gilberto Salazar Carmona, com autor del delito en el celador Alfonso Uribe... (ya transcrito).

"1º Es un testimonio circunstanciado o detallado, pues expone con hilación lógica los detalles centrales de todos los incidentes que tuvieron en la noche del jolgorio y que fue la misma noche del crimen, lo que hace la testigo sin que se denote o exteriorice que ha esforzado su pensamiento, lo que sí se nota rápidamente en su declaración de retractación; expone que más o menos de dos y dos y media se regresaron de 'El Trébol' hacia la bomba de Chinchiná, hora que coincide con la dada por la otra testigo principal, Rubiela Ríos.

"2º Relata Marina Rivera, en este testimonio, hechos que están comprobados, que son verídicos, como el de que Dumas Salazar, en un momento dado, se separó de sus compañeros, habiendo regresado con una carga de café, la que dejó en la cantina de 'El Trébol', del señor José Piedrahíta, cosa esta que Dumas negó en un principio y que después, viéndose descubierto, confesó.

"3º Dice la deponente, en esta declaración acusatoria, que muchos meses antes de la fecha del crimen conocía a los hermanos Gilberto y Dumas Salazar, por sus nombres y apellidos, y esto es cierto, porque así lo atestiguan también Emilio Arroyave y Libia o Amparo López, quienes eran los dueños de la cantina 'Rayito de Sol', donde trabajaba Marina, en el barrio de prostitución; en cambio, en la declaración en donde la misma Marina Rivera se retracta de sus acusaciones contra Gilberto Salazar, dice que no sabe el apellido de los sindicados.

"4º En la declaración acusatoria del folio 47 Marina Rivera emplea el lenguaje propio de su índole o idiosincracia, pues dice, refiriéndose al momento en que los sindicados las fueron a convidar a la parranda, lo siguiente: 'pues Dumas era el chivo de La Loca'. Esta expresión subrayada, es muy usada en las mujeres de vida licenciosa, para indicar que un sujeto es el concubinario de una mujer del barrio de prostitución. Y no sólo se encuentra o descubre en esa expresión el lenguaje propio de Marina Rivera, sino que afirma un hecho cierto, asegurado por Rubiela Ríos y reconocido por los mismos sindicados, de que Rubiela Ríos era la concubina o preferida del sindicado Dumas Salazar.

"5º No se exteriorizan titubeos, ni palabras, ni frases que indiquen perturbaciones maliciosas en la declaración acusatoria de esta testigo, y en cambio en la declaración donde se retracta, y especialmente cuando llega el momento en que quiere exculpar a los sindicados, su mente se muestra perturbada, como se ve al incurrir en repetición seguida de una misma palabra. En la declaración en donde se retracta y cuando va a decir que al llegar a la bomba encontraron al celador muerto, dice, por ejemplo: '... cuando llegamos a la bomba Gilberto llamó al Guachimán, cuando nos voltiamos, vimos al Guachimán tirado en medio de dos carros. Entonces La Loca y yo nos bajamos; entonces Taborda levantó la ruana de la cabeza del celador; entonces Taborda

rastrilló un fósforo para verle la cara, o sea al muerto, tenía como dos varillazos en la cabeza; entonces nosotras fuimos a poner el denuncio en el Cuartel de Policía; entonces Taborda y los muchachos se vinieron para donde el Inspector y dos Agentes de Policía; entonces ellos nos largaron, y entonces nosotras nos fuimos para la zona, y entonces, por la mañana, me mandaron citar...'. Esas repeticiones de una misma palabra nada o poco significarían si ese fuera el lenguaje acostumbrado por la deponente Rivera, pero esa expresión no la usó en la declaración acusatoria, sino que vino a perturbarla y a traerla como recurso en la declaración donde se retractó. La vacilación, las perturbaciones y las incongruencias son, según Gorphe, un signo de mentira en el testigo; es un indicio psicológico que indica al juzgador que el testigo está mintiendo.

"6º Dice Marina Rivera, en su declaración del folio 47, y que es acusatoria, que ella ocultó la verdad en la declaración rendida ante el Alcalde porque el Policía Taborda y Gilberto Salazar, y con especialidad este último, les advirtieron a las mujeres que no contaran lo que vieron en la bomba, porque si lo hacían Gilberto les pegaría o se vengaría de ellas, y esta aseveración adquiere plena verosimilitud, ya que en el informe de los detectives, pasado al funcionario instructor antes de que la Rivera rindiera su declaración acusatoria, ellos afirman que Marina Rivera les refirió que antes había ocultado la verdad por la represalia que le hicieron (sic) los sindicados Salazar.

"7º Esta misma testigo Rivera afirma de manera clara en su declaración acusatoria, que al regresar de 'El Trébol' arrimaron a la bomba de Chinchiná, a echarle gasolina a la camioneta, o que por lo menos que esa fue la disculpa que dio Gilberto Salazar, y no nombra para nada esta deponente que hubieran arrimado a dicha bomba con el objeto de buscar prestada alguna llave, y en esto resulta en todo acorde con la declaración de Rubiela Ríos Gaviria, la que tampoco dice que hubieran arrimado a la bomba a arreglar el carro o a buscar una llave prestada. Sólo en la declaración donde la Rivera se retracta, ya se pone de acuerdo con los sindicados cuando afirma que arrimaron a la bomba a buscar prestada una llave para arreglar el carro o camioneta. Se observa también que los mismos sindicados Salazar, en sus primeras declaraciones juradas, dijeron que habían arrimado a la bomba con doble fin, o sea con el de echar gasolina y también con el de buscar una llave prestada, para arreglar la camioneta. En cambio los mismos Salazar, en sus indagatorias, ya no dicen que arrimaron a la bomba a echar gasolina sino que arrimaron a la bomba a buscarle (sic) al celador una llave prestada para arreglar la camioneta.

"8º A las razones que se han expuesto para darle credibilidad a la declaración acusatoria de Marina Rivera, del folio 47, puede añadirse la constancia del funcionario instructor que recibió dicha declaración, quien, observando lo dispuesto por el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, consignó lo siguiente: '... la declarante consignó personalmente sus respuestas con espontaneidad y sencillez revelando buena fe...'. En cambio, en la declaración en donde la Rivera se retracta de los cargos lanzados contra Gilberto Salazar, ninguna constancia dejó el funcionario que recibió tal diligencia".

Se dice también en el fallo que "la retractación de la testigo Marina Rivera no desquicia, en nada, su declaración acusatoria, y mucho menos cuando hay otra testigo seria, concisa y lógica, que no sólo en declaración rendida ante el funcionario de instrucción señala a Gilberto Salazar Carmona como al autor de la muerte del celador Alfonso Uribe, sino que esta misma deponente, en escrito que ya se transcribió, le dice a Dumas Salazar que declare la verdad de que su hermano Gilberto fue el autor de los varillazos, para que se libre él de la responsabilidad".

Igualmente se anota en la providencia que "si la testigo trata de decir que esta declaración acusatoria fue rendida bajo la coacción de las autoridades, ello no está probado, ni es verosímil, porque es la misma testigo Marina Rivera la que manifestó a Libia o Amparo López y a Emilio Arroyave, dueños del establecimiento donde la Rivera trabaja, que esta testigo se había visto obligada 'a decir la verdad de lo que había visto la noche del crimen en la bomba Esso'. Así lo declaran Libia López y Emilio Arroyave. Obsérvese que estos dos testigos manifiestan que la Rivera les refirió que se había visto obligada a decir la verdad sobre el crimen. Y estas declaraciones de la López y Emilio Arroyave fueron tomadas antes de que la Rivera se retractara. Además, también la misma testigo Rivera, en la diligencia en donde se retracta de la acusación, dice muy claramente que se retractó porque los detectives le dijeron que si no decía la verdad se vengarían de ella o la traían para Manizales. No le pidieron, pues, los detectives que dijera mentiras, sino que dijera la verdad sobre lo que había presenciado".

Observa asimismo el *ad quem* que los hermanos Salazar, antes de la retractación de Marina

Rivera, estuvieron con ésta "libando licores... a puerta cerrada", como se desprende de lo referido por ella misma, así como del informe del Director de la Cárcel de Chinchiná, quien afirma conocer que "los sindicados Salazar estuvieron en la zona de tolerancia de esta ciudad... en compañía de los agentes acompañantes encargados de su custodia" (f. 10). Sobre este particular Marina Rivera declara que "Dumas sí me dijo dentro del salón, y estando presente la patrona mía, me dijo él que si no le daba pesar viéndolo en la cárcel a él, pagando lo que no es".

Por último, dentro de la crítica que se hace en el fallo recurrido al testimonio de Marina Rivera, en el cual se retracta de la acusación hecha a Gilberto Salazar Carmona, se anota lo siguiente:

"Podrían seguirse comentando los defectos notorios de la retractación, pero no es necesario, pues basta detenerse a meditar en las condiciones irregulares en que se trajo a la Rivera a declarar nuevamente. Sin embargo, sólo otra notoria incongruencia se va a poner de presente, la que se encuentra en la declaración de retractación de la Rivera, y es la siguiente: se le pregunta a la Rivera si es cierto que ella examinó la varilla de hierro y la reconoció, en la declaración acusatoria, como la misma varilla que Gilberto Salazar sacó de la tienda de 'El Trébol' y la echó a la camioneta, a su regreso a la bomba de Chinchiná, y a pesar de no quererlo, de su subconsciente brota esta respuesta: 'Sí, señor, a mí me pusieron de presente la varilla y yo la reconocí como la misma que echó Gilberto Salazar en 'El Trébol' cuando nos íbamos a venir para Chinchiná. Mejor dicho, ellos no echaron ninguna varilla...'. Esta respuesta rendida en retractación es la misma que había dado en su declaración acusatoria (f. 161 vt.). François Gorphe dice que 'es tanto más sospechosa la retractación cuanto más tardía sea', y la testigo Rivera se retractó con tardanza, o sea a los cinco meses de haber acusado.

"Muchas veces después del delito, dicen los testigos Libia López y Emilio Arroyave, los sindicados Gilberto y Dumas Salazar entraron a la cantina 'Rayito de Sol', donde trabajaba Marina Rivera, y le consta al testigo Arroyave que el 29 de enero de 1960, en las primeras horas de la noche, Gilberto Salazar arrimó donde Marina en la camioneta, y llamó a la Rivera aparte, y no supo el testigo qué le dijo. Esto lo asevera Marina Rivera en su declaración acusatoria, y añade esta Marina que Gilberto Salazar le recalcó en esta fecha que no fuera a contar nada de lo que había presenciado en la bomba Esso, acerca de la muerte del celador.

Concluye el Tribunal Superior de Manizales expresando que "de acuerdo con lo anterior, es irrebatible que la declaración verdadera de Marina Rivera es la declaración acusatoria contra Gilberto Salazar y que obra al folio 47 del informativo, y que su retractación es falsa y sugerida, como ya se ha demostrado. Ha querido la Sala ser prolija en el análisis de esta prueba, porque todos los argumentos de los diversos defensores que han tenido los sindicados, tienden a reducirse en afirmar que si Marina Rivera se ha retractado toda la prueba se ha desvirtuado. Pero a través del análisis hecho, se ha descubierto de manera clara que la Rivera ha dicho la verdad en el testimonio incriminatorio".

B. En cuanto al testimonio rendido por la mujer Rubiela Ríos Gaviria, dice el *ad quem* que "depone ella, sin titubeos ni frases escurridizas, la verdad de lo que presenció así: '... estábamos ya en la bomba o estación de servicio Esso de Chinchiná, cerca a los surtidores de gasolina; al lado de afuera cuadraron la camioneta; Gilberto llamó al guachimán o celador de la bomba; entonces Gilberto y el Policía Taborda nos dijeron a Marina Rivera y a mí: bájense y nos esperan allá arriba; yo le dije a Dumas que se bajara con nosotras; Dumas se bajó y siguió con nosotras hacia una casa de ventanas verdes y nos sentamos en la acera de esa casa; Dumas se devolvió inmediatamente, pues él no se sentó con nosotras, y se fue con dirección a la bomba, donde estaba Gilberto y el Agente Taborda; al ratico de estar nosotras sentadas en el andén de la casa le dije estas palabras a Marina: qué desgracia andar con esta gente, nosotras tánto rato sentadas y ellos sin venir; entonces yo me paré y miré hacia la bomba; vi al Gilberto Salazar y al Agente Taborda; Gilberto tenía una varilla de hierro en la mano y con ella le daba al celador, o sea al guachimán, y el Agente Taborda estaba parado mirando sin novención, cerca a Gilberto; Dumas no estaba cerca de ellos; en vista de lo que vi le dije a Marina: Eh, Ave María, Gilberto es muy grosero, mira cómo le está dando a ese señor; yo me refería al 'guachimán', quien era quien recibía los golpes de Gilberto, y entonces convidé a Marina diciéndole: camine, vamos; ella me contestó: qué vamos a hacer por allá; yo le dije: también es cierto; habíamos acabado de decir estas palabras cuando llegó Gilberto, manejando la camioneta...'. Esta declaración...", se dice en la sentencia impugnada... "está corroborada por la acusatoria de Marina Rivera; y aun cuando no lo estuviera, el dicho de esta testigo es una prueba contundente y plena contra Gilberto Salazar Carmona

como autor de la muerte del celador Uribe, pues esta testigo narra pluralidad de hechos que están comprobados en el proceso y aun admitidos por los mismos sindicados...".

Con respecto a este mismo testimonio, anota el Tribunal Superior de Manizales que los siguientes motivos lo hacen creíble, a saber:

1º "Se le pregunta a la testigo por las dimensiones de la varilla o barra de hierro que vio esgrimir a Gilberto Salazar el día del crimen (pues tal varilla no se le presentó en ese momento a la testigo), y contesta que era una varilla de más o menos una pulgada de gruesa, por más o menos unos sesenta centímetros de larga. Y el instructor encontró las dimensiones dadas por la testigo iguales a las de la varilla recogida en el levantamiento del cadáver, por lo cual ese funcionario dejó la siguiente constancia: 'De acuerdo con los datos sobre el largo y diámetro que dio en relación con la misma, no queda duda que se trata de la recogida durante el levantamiento del cadáver'. Sobre esta misma varilla la testigo Ríos dice que unos pocos días antes del crimen se la había visto a Dumas Salazar en la camioneta, y que al preguntarle para qué la cargaba, le había contestado que para desvarar el carro...".

2º "Se le pregunta a la Ríos que cuánto tiempo permanecieron ella y su compañera arrimadas a la casa donde les dijo Gilberto que los esperaran para echarle gasolina al carro, y dice que no tenía reloj, pero que calcula que se demoraron esperándolos más o menos una hora. Este dato es importantísimo también, porque es lógico que proveyendo de gasolina a un carro, que es la disculpa que dice Rubiela dieron los procesados para decirles que se retiraran, no se gasta jamás una hora, sino cuando más diez minutos o un cuarto de hora. Esto indica que los imputados no estaban echando gasolina sino en otras actividades mucho más morosas".

3º "Cuando las dos mujeres fueron llevadas a la Policía, mientras se operaba la diligencia de levantamiento del cadáver, al mucho rato manifestaron su deseo de irse a cambiar de ropa, porque estaban mojadas; así lo afirma Rubiela Ríos, y los mismos sindicados reconocen que cuando llegaron de 'El Trébol' a la bomba estaba lloviendo. Si las mujeres aparecen mojadas, como es verificado, esto refuerza mucho más el dicho de ellas mismas, en el sentido de que en ese lugar se bajaron para ir a arrimarse a la casa verde; no de otro lugar podían mojarse la ropa, ya que venían dentro de la camioneta".

4º "En la carta que la Ríos tenía lista para remitir a Dumas Salazar, aquélla recalca a su concubinario Dumas que diga la verdad, para que no se perjudique; que él bien sabe que los que cometieron el delito en el celador fueron Gilberto Salazar y el Agente Taborda; repite, pues, su acusación contra Gilberto, extendiéndola aquí al Policía Taborda, y recabando que Dumas no participó en el crimen", y

5º "Es importante, también, la constancia dada por el funcionario de instrucción al finalizar la declaración de la Ríos, en donde consigna que de la forma como depuso la testigo, con espontaneidad y facilidad y sencillez, da la sensación de que su dicho es cierto".

C. Con respecto a la diligencia de inspección ocular (fs. 165 a 185 del Cd. principal, complementada a los fs. 266 a 268), expresa el Tribunal Superior de Manizales en la sentencia acusada que "tiene tal número de contradicciones y afirmaciones ilógicas de parte de los sindicados y de la testigo Marina Rivera, que bien puede concluírse que tal inspección ocular, en vez de desvirtuar los cargos contra Gilberto Salazar, como lo creyó el defensor que intervino en ella, antes bien, reafirma o robustece los cargos contra dicho imputado. A esta diligencia no asistió la testigo Rubiela Ríos, dizque porque no se pudo encontrar...".

Anota sobre tales contradicciones el fallo:

1º "Dice Gilberto Salazar en su indagatoria, que cuando llegaron a la bomba y encontraron al celador muerto, 'la única persona que se bajó de la camioneta fue el Agente Taborda'. Y en la inspección ocular afirma lo contrario, o sea que se bajó él, el Policía y Marina Rivera a ver el muerto: 'se bajó el Agente Taborda y se bajó ella también, y luego corrimos los tres y nos asomamos donde estaba el muerto' ".

2º "En su indagatoria Gilberto Salazar afirma textualmente que al llegar a la bomba, el primero que vio al celador muerto 'fue el Agente Taborda', y en la inspección ocular afirma que la primera que lo vio fue Marina Rivera. Sus palabras son: 'dijo la muchacha Marina: vea allá se ve un muerto' ".

3º "En la indagatoria dice Gilberto Salazar que con el Agente de la Policía Taborda no tenía ninguna amistad y que apenas se conocían, pero el Agente Taborda lo desmiente en su injurada (sic), cuando dice que con Gilberto y Dumas Salazar conservaba magnífica amistad, y que inclusive esa buena amistad se extendía al padre de los Salazar".

4º "En la injurada (sic) dice el mismo Gilberto Salazar que él estaba en 'El Trébol' la

noche del delito, pasando un café de una finca a otra, y que al regreso a Chinchiná casualmente se encontraron a las dos mujeres, la Rivera y la Ríos, en esa cantina. Pero como no sólo las dos mujeres, sino Emilio Arroyave y otros testigos establecen que los sindicados, en esa fecha, invitaron a las mujeres desde Chinchiná, ya en la reconstrucción confiesa que en realidad ellos se llevaron a las mujeres".

5º "Cuando el instructor indaga a Gilberto Salazar sobre la varilla con que se dio muerte al celador, niega conocerla, y afirma que nunca han cargado varilla de hierro en su camioneta, y Dumas Salazar hace en el principio de su injurada (sic) la misma negativa, pero cuando se le pone de presente los testimonios de Rubiela Ríos y de Marina Rivera sobre la varilla, Dumas Salazar se conturba y se contradice en la misma indagatoria, diciendo que ellos sí cargaban una varilla de hierro en su camioneta, pero que 'era más delgadita de la que sirvió para dar muerte al celador'. Cayó, pues, en una flagrante contradicción".

6º "Como Gilberto mostró a los peritos dizque el sitio desde donde había visto el cadáver al llegar a la bomba, éstos dijeron al respecto: 'de acuerdo con las condiciones de visibilidad no era posible determinar desde esa distancia a un cuerpo en el lugar donde se encontraba el cadáver, las luces del vehículo que estaban prendidas no estaban dirigidas hacia el lugar donde yacía el bulto... por estar dirigido el chorro de la luz con dirección hacia afuera de la carretera, en un ángulo muy marcado, que no permitía la refracción de los rayos luminosos'. Desmiente, pues, en este punto la inspección ocular al mismo Gilberto".

7º Anota el *ad quem,* por último (fs. 368 a 370), las contradicciones en que incurre el procesado Gilberto Salazar Carmona, ora consigo mismo, ya con lo que declaran Marina Rivera y Rubiela Ríos, a saber: a) en cuanto al motivo para arrimar a la bomba de gasolina que vigilaba Alfonso Uribe Uribe, Gilberto primeramente dice que lo fue la necesidad de "echarle gasolina al carro", y luego, en la misma declaración, expresa que allí llegaron "con el objeto de buscar una llave para organizar la camioneta"; b) con respecto a la afirmación de Gilberto, de que entre él y Alfonso Uribe Uribe no existía enemistad alguna, sino que eran amigos, se tiene el dicho de Nadín Castaño, quien asevera que aquél había tenido un fuerte disgusto con el occiso, por razón de que éste no le suministraba gasolina sin orden expresa del padre de Gilberto; c) en lo referente a la colocación de la camioneta en el lugar de los hechos, observan los peritos que "es notoria la diferencia de las narraciones, especialmente en lo relativo a la posición de los vehículos..." que allí se encontraban, y d) en relación con el recorrido de la camioneta, la versión de Marina Rivera "fue totalmente distinta a la indicada por..." los hermanos Salazar Carmona y el Agente Taborda.

En cuanto a la credibilidad de la testigo Rubiela Ríos, según los datos que arroja la diligencia de inspección ocular, el Tribunal Superior de Manizales observa que si bien los peritos que intervinieron en la diligencia afirman que desde el sitio donde las mujeres Marina Rivera y Rubiela Ríos se encontraban en el momento de los hechos, no se podían ver los movimientos del procesado Gilberto Salazar Carmona, dejan, en cambio, constancia de que tal visibilidad era posible desde el final del andén, mirando hacia la izquierda. Y la testigo Rubiela Ríos, dice el *ad quem,* aun cuando "no asistió a la inspección ocular, ella aclara muy bien ese punto en el centro de la página 62 de su declaración, pues atestigua que donde ella estaba no se podía ver la bomba Esso ni tampoco el sitio donde se encontró el cadáver (el cual se halló a 14 metros de los surtidores de gasolina, según el levantamiento), sino que ella vio cuando Gilberto le estaba dando al celador, cerca de los surtidores de gasolina, los que sí se veían del sitio donde ella estaba, y también veía la camioneta de los Salazar".

D. Se anota, por último, en el fallo acusado, lo que pasa a transcribirse:

"En la declaración de Nepomuceno Gómez Hoyos... se dice que a las tres de la mañana arrimó a la bomba Esso por su carro y encontró ya al celador muerto; sorprendido miró para todas partes, y al ver luz en la oficina de la bomba, se dirigió a ella, y allí encontró adentro a Gilberto y a Dumas Salazar y al Policía Taborda, este último llamaba por teléfono (f. 36). En declaración de la página 49 vuelta, ya posiblemente preparado, dice que a quien vio en la oficina, en compañía de Dumas, no fue a Gilberto Salazar, pero ante preguntas claras del instructor, termina diciendo que no se acuerda haber visto a Gilberto esa mañana.

"La primera declaración de este testigo es más credible que la segunda, porque aquélla tiene apoyo en el dicho de Nadín Castaño, quien afirma que cuando llegó un poco más tarde de la hora en que nombra Gómez Hoyos, ni éste ni los sindicados se encontraban ya en la bomba de gasolina, pues que cuando se dirigió a dicha bomba encontró la camioneta de los Salazar al

frente de la casa de unos familiares de éstos, y en ella estaba Gilberto, quien lo invitó a que se fueran a la bomba en su camioneta, lo cual no aceptó, y se fue solo a la bomba, a donde ya estaban llegando las autoridades, y que a poco regresaron hacia la bomba los tres sindicados. Si se examinan las declaraciones de Nadín Castaño y se confrontan con la de Nepomuceno Gómez, se concluye que los sindicados sí estuvieron, los tres, en la oficina de la bomba precisamente cuando los vio Nepomuceno Gómez y antes de que llegara Nadín Castaño. Y esto, aunque los sindicados niegan haber entrado a la oficina antes de que las autoridades llegaran al levantamiento del cadáver. Y esto, a pesar de que el Secretario de la Alcaldía, Leonidas Gutiérrez, trate de decir en su declaración del folio 102 vuelto, que las personas que pudo ver en la oficina de la bomba el testigo Nepomuceno Gómez pudieron ser los funcionarios que levantaban el cadáver. Esa confusión no pudo presentarse porque el testigo Gómez Hoyos es claro cuando dice que al abrir la puerta de la oficina de la bomba estaban dentro de ella los dos Salazar y el Policía Taborda.

"Además, la declaración del Secretario de la Alcaldía, Gutiérrez Arango, tiene dos importantes glosas que la hacen increíble, y son: 1º dice este Secretario que cuando iba al levantamiento del cadáver, vio en la camioneta de los sindicados a Dumas y a Gilberto Salazar, y que vio también a un trabajador de éstos y a otro hermano de los mismos sindicados. Esta aseveración es totalmente inventada, pues ni las mujeres ni ninguno de los numerosos testigos del proceso, y ni siquiera los otros funcionarios que concurrieron al levantamiento nombran para nada al tal trabajador ni al otro hermano de los sindicados, y aún más, los mismos sindicados no admiten que los hubiera acompañado algún trabajador esa noche, ni mucho menos otro hermano, y 2º este reparo consiste en que el declarante Leonidas Gutiérrez era el Secretario del Alcalde que había en esa fecha en la población de Chinchiná; y ya vimos cómo dicho Alcalde, por su parentesco con los sindicados Salazar, tenía interés en favorecerlos. No es digna de crédito la declaración de Leonidas Gutiérrez.

"De la declaración de Rubiela Ríos Gaviria se concluye que los sindicados y la testigo regresaron a la oficina de la bomba entre dos y tres de la mañana, más o menos, y esta afirmación coincide con lo declarado por Joaquín Hincapié y Juan de Dios Ríos Pulgarín, quienes salieron de la bomba Esso más o menos a las dos de la mañana hacia 'El Español', o sea por la misma vía por donde regresaban los sindicados, a quienes Hincapié y Ríos se encontraron cerca a Calamar, ya de regreso, y habiendo dejado en la bomba al celador, sano y salvo, en compañía de José Hilario Galeano, quien quedó proveyendo su aparato de gasolina y aire. Este Galeano salió de la bomba después de Juan de Dios Ríos y sus pasajeros, habiendo dejado al celador sano en la bomba, y ya se encontró a los sindicados Salazar que regresaban en su camioneta, en el sitio de 'La Insula', el que queda a diez minutos de la bomba de Chinchiná, según afirmación de Nadín Castaño. Las mujeres Ríos Gaviria y Marina Rivera, así como los mismos sindicados, corroboran el encuentro con los choferes y Juan de Dios Ríos Pulgarín y José Hilario Galeano (ver declaración de Rubiela Ríos), y en la hora coincide con lo declarado por los choferes citados, dato que es muy importante para reafirmar la responsabilidad de Gilberto, y son los mismos sindicados los que confiesan que cuando regresaron a la bomba Esso nadie más que ellos, las mujeres y el Policía había en ese sitio... En cuanto a la declaración de Fabio Agudelo Castaño, la que está al folio 276 del expediente, traída muy tarde, a petición de la defensa (f. 252), no merece ninguna credibilidad, primero porque en esa declaración el deponente Agudelo, al pedírsele que narre de nuevo los hechos, que expuso ante las autoridades militares el 30 de septiembre de 1960, y dentro del proceso seguido por la justicia castrense contra el Agente Argemiro Taborda, no se atrevió a contar de nuevo los hechos, sino que se limitó a decir que se ratificaba en todo en su declaración anterior, y 'pido que se transcriba dicho testimonio' (el instructor obedeció la insinuación del Policía Agudelo, y en vez de insistir en que contara los hechos, se limitó a transcribir la declaración anterior de Agudelo, la que dicho sea de paso, es toda inverosímil). ¿Por qué si el Policía Agudelo Castaño ya había declarado sobre este mismo asunto se abstuvo de hacerlo nuevamente? 'Son síntomas de sentimiento de mentira —dice Gorphe— el desgano para contestar e informar'. Se dice que la declaración de Agudelo Castaño es un absurdo, porque en ella afirma que un día, no dice cuál, obtuvo permiso de su superior en Manizales y que se levantó a las tres de la mañana, y que como sabía que de Pereira venía un automotor, que lo regresaría a tiempo a Manizales, que se puso a esperarlo, que después de aguardar un rato, desistió de viajar en ese aparato y se puso a buscar otro vehículo, y no dice si emprendió o no viaje a Chinchiná, sino que continúa manifestando que resultó en la bomba que

está situada en la población de Chinchiná, y que como estaba lloviendo, se recostó en una esquina, y que al cuarto de hora vio llegar a la bomba una camioneta roja, y que con la luz de la camioneta que llegaba vio debajo de unos vehículos a un sujeto tendido, que inmediatamente dicha camioneta volteó y se dirigió al centro de Chinchiná, y que él siguió allí y pensó que el sujeto que vio tendido algo le había pasado, y que a poco momento llegó un señor y le dijo que si no sabía que habían matado al celador de la bomba, y que en ese mismo momento volvía la camioneta al levantamiento del cadáver. Esta declaración de este Policía Agudelo tiende de manera absurda a favorecer a su colega, el Policía Taborda, con muy mala fortuna, pues aunque se ve a simple vista que este testimonio fue sugerido o preparado, sin embargo, es tan traído de los cabellos cuando dice, por ejemplo, que inmediatamente llegó a la bomba la camioneta roja, sin aguardar allí nada, en seguida volteó hacia el centro de Chinchiná, afirmación ésta que resulta totalmente desvirtuada por el mismo Argemiro Taborda y los dos sindicados Salazar, de quienes ya se vio que confesaron claramente que al llegar a la bomba y encontrar al celador muerto, allí se demoraron y se bajaron de la camioneta a mirar el cadáver, e inclusive a descubrirle la cabeza que tenía cubierta con unas ruanas, expresiones que son de Taborda. Esta declaración de Agudelo se invoca por el señor defensor como favorable a los intereses de los sindicados''.

Concluye el *ad quem* señalando que ''se reúnen los requisitos que para condenar exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, en contra de Gilberto Salazar Carmona, pues la materialidad de los delitos de homicidio y robo cometidos en el celador Alfonso Uribe Uribe quedó comprobada legalmente, lo mismo que la autoría de dichos ilícitos está demostrada en la persona del citado Gilberto Salazar Carmona''.

Más adelante agrega que este procesado infringió los artículos 362 y 402 del Código Penal, por lo cual debe señalar una sanción privativa de la libertad de doce años de presidio, de acuerdo con el precepto contenido en el artículo 33 de la misma obra.

En cuanto al sindicado Dumas Salazar Carmona, expresa el juzgador de segunda instancia que ''la falta de demostración de la participación voluntaria, y la negativa por parte de las testigos de que Dumas hubiera participado en actos físicos, exonera a este incriminado de participación en los hechos delictivos cometidos por su hermano, pues de su mera presencia en el lugar del delito no puede deducirse su intención ni su participación física. Como no hay prueba de su concurso de voluntad, ni mucho menos de su concurso de acción, Dumas Salazar Carmona debe ser absuelto de los cargos de que fue indagado. Tampoco debe ordenarse sacar copia para investigar el delito de encubrimiento, en virtud del parentesco que lo liga con el incriminado Gilberto Salazar Carmona''.

Anota, por último, que ''por el Juez se saquen copias de lo pertinente para que se investigue el delito de falso testimonio en que pudo haber incurrido'' Marina Rivera, por cuanto ''de manera irrebatible está demostrando que dio declaraciones notoriamente opuestas'' en este proceso.

II. *Fundamentos de los cargos presentados por el demandante.*

El doctor Jaime Chaves Echeverri, en su demanda, separa en distintos acápites los razonamientos en que apoya los cargos que hace a la sentencia recurrida (fs. 16 a 90 de la demanda), de los cuales cabe hacer la siguiente síntesis:

1º *Acápite A* (fs. 16 a 42 de la demanda), *declaración de Marina Rivera.*

Dice el impugnante que ''la sentencia recurrida, por flagrante error en la interpretación de los hechos, le atribuyó un valor probatorio que no tiene a la declaración rendida por la mujer Marina Rivera, el día 30 de enero de 1960, ante el Inspector Departamental de Policía, señor Luis A. Carrasco Urdaneta, declaración visible a folios 47 y siguientes del informativo (cuaderno principal). El honorable Tribunal Superior, al apreciar la validez de ese testimonio, después de enunciar que 'en la declaración del folio 47 la testigo Rivera está diciendo la verdad', trata de prestar apoyo a tal conclusión con una serie de consideraciones y raciocinios reñidos, no sólo con la lógica, sino con la verdad procesal. Veamos el porqué de este aserto'':

a) Que no puede predicarse de tal declaración que sea un ''testimonio circunstanciado o detallado, pues expone con *hilación* lógica los detalles de todos los incidentes...'', como expresa el *ad quem,* por cuanto —observa el demandante— ''ilación, no 'hilación' como dice la sentencia, es la 'acción y efecto de inferir una cosa de otra', según la Real Academia de la Lengua. De tal manera que 'ilación lógica' sería la acción y el efecto de inferir lógicamente una cosa de otra. Pues bien, la declaración comentada contiene una relación de hechos —inexistentes, como luego demostraremos—, pero en ella no se hacen deducciones de ninguna índole y, por consiguiente, podemos concluír que el honorable Tribunal

Superior incurrió en un flagrante error interpretativo de la probanza cuando afirmé que la testigo hace la narración con 'hilación lógica' de los detalles e incidentes que rodearon la noche del jolgorio".

Deduce el demandante que "siendo errónea la premisa —que la testigo exponga con ilación lógica los detalles e incidentes de la noche del jolgorio—, lógicamente debe serlo la conclusión que extrae el honorable Tribunal, en el sentido de que por tal razón, aquélla no exterioriza 'que haya forzado su pensamiento'. Finalmente, la hora citada en esta declaración por Marina Rivera no coincide con la enunciada por Rubiela Ríos. Mientras ésta afirma que entre una y una y media de la mañana abandonaron el lugar en donde se hallaban ingiriendo bebidas embriagantes y tomaron la dirección de Chinchiná, aquélla dice que tal hecho acaeció a las dos de la madrugada".

b) Que "el hecho de que la testigo relate en la declaración comentada, circunstancias establecidas en el proceso, no significa que aquéllas que no lo están, deban aceptarse como ciertas".

Observa, asimismo, que Dumas Salazar, contra lo que anota el *ad quem*, "en ningún momento desconoció..." el hecho de haberse separado, esa noche, de sus compañeros para ir hasta su casa a traer una carga de café, la que dejó a guardar al señor José Piedrahíta.

c) Que no es cierto, como lo asevera el juzgador de segunda instancia, que Marina Rivera haya afirmado que "desde hace mucho tiempo conoce a los hermanos Gilberto y Dumas Salazar, por sus nombres y apellidos", pues lo que esta testigo afirma es que ellos "son hermanos..." y que "los conocía desde hacía unos cinco meses...". Expresa el demandante que "una cosa es conocer a una persona por su nombre y apellidos y otra, muy distinta, conocerla desde hace algún tiempo...". Tanto más cuanto que la Rivera, en su declaración de folio 10 del expediente, dice que "en la madrugada del día de hoy, a eso de las dos y media de la mañana, veníamos de la vereda de 'El Trébol' de este mismo Municipio, en una camioneta de propiedad del señor Ernesto Salazar, conducida por un hijo de éste, no recuerdo el nombre...".

d) Que del hecho anotado por el Tribunal Superior de Manizales, consistente en que Marina Rivera "emplea el lenguaje propio de su índole o idiosincrasia, pues dice..." que... "Dumas era el chivo de 'La Loca'...", por caso..., "no se desprende que afirme lo que es cierto, pues un testigo puede emplear 'un lenguaje propio de su índole o idiosincrasia' para decir la verdad o para mentir".

e) Que "yerra flagrantemente el honorable Tribunal al aceptar como hecho cierto un presunto concubinato entre Dumas Salazar y Rubiela Ríos...", pues concubina es "la mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido", y tal cosa no sucedía entre los nombrados.

f) Que "el no exteriorizarse titubeos en la declaración comentada, no significa que la testigo haya dicho la verdad. El deponente que titubea puede hacerlo por varias razones, v. gr.: porque es de carácter vacilante; porque adolece las fallas mentales que le restan fluidez al relato; porque padece de tartamudez; porque trata de recordar con fidelidad los hechos que va a referir, y establece, para poder hacerlo, paréntesis de meditación en su deponencia, etc.".

g) Que "Marina Rivera, antes de declarar ante el Inspector Departamental de Gobierno, fue alternativamente halagada y amenazada por los detectives para que comprometiera a Gilberto Salazar. El testimonio..." de cargo... "que rindió en tal ocasión, fue recepcionado por un funcionario que se vinculó al proceso en virtud a inconfesables presiones sectáreas, y la diligencia no estuvo controlada por persona que velara por el cumplimiento de los requisitos legales que le son propios. En cambio, la declaración de folios 160 y siguientes fue rendida por la testigo en forma espontánea y estando ella libre de halagos o amenazas... Fue vigilada no sólo por la defensa, sino por el doctor Heriberto García Cano, apoderado de la parte civil. Debo añadir que si el doctor García Cano hubiera notado en la testigo señales externas que denotaran su propósito de violentar la verdad..." (alude el demandante a la declaración de la Rivera, en la cual se retracta de la acusación hecha a Gilberto Salazar Carmona)... "bien le habría solicitado al Juzgado que las anotara, o bien habría dejado constancia, en el acto de la diligencia, de ellas, hecho que no aconteció".

h) Que "por errónea apreciación de los hechos, el honorable Tribunal aceptó que el informe de los detectives confirmaba la aseveración de la Rivera, en relación con las presuntas amenazas de que fuera víctima..." de parte de los hermanos Salazar Carmona y del Agente de la Policía Argemiro Taborda..., pues "mientras ella le imputa tales amenazas a Gilberto Salazar, los detectives las hacen extensivas a Dumas del mismo apellido y al Agente Taborda, surgiendo una contradicción que torna inverosímil lo dicho, en tal evento, por la testigo".

i) Que "el hecho de que la Rivera, en la declaración comentada, no hubiera informado que

una de las razones para que ellos arribasen a la bomba, lugar de los acontecimientos, fue la de obtener herramienta apropiada para reparar el vehículo, en lugar de darle validez a lo dicho por la deponente, como erróneamente lo cree el honorable Tribunal, le resta credibilidad, porque está establecido, a través de varios testimonios, entre otros el rendido por el señor Inspector Departamental de Policía de 'El Trébol' (fs. 107 v. y ss), que la camioneta del señor Ernesto Salazar, en la cual viajaron los sindicados, tenía una falla mecánica que sólo podía repararse con herramientas, de las cuales carecían los incriminados''.

j) Con respecto a la ''constancia dejada por el instructor, según la cual 'la declarante consignó personalmente sus respuestas con espontaneidad y sencillez, revelando buena fe', cabe decir...'', expresa el impugnante... ''que revelar buena fe no es lo mismo que tenerla, y que muchas veces la apariencia de veracidad procede más que de la sinceridad, de la habilidad o del temperamento propio del testigo. No existe nada más insincero, pero mejor reflejado, que las pasiones y los sentimientos que exhibe un actor en la representación de un drama. Además, desconocemos si la constancia dejada por el Inspector Carrasco fue fiel reflejo de la verdad o apenas trasunto abominable de la pasión política que incidió sobre el proceso''.

k) Luego de transcribir algunas opiniones del tratadista Francisco Gorphe —*''La crítica del testimonio''*—, expresa el demandante que Marina Rivera, por su condición de prostituta, acostumbrada a fingirlo todo, a disimularlo todo, no merece credibilidad en su declaración calificada de acusatoria. Asimismo, agrega, tampoco merece ser atendido su testimonio por su condición de mujer, pues en la práctica judicial, según el autor citado, ''las mujeres son generalmente menos apreciadas que los hombres como testigos'', y también por razón de su corta edad, como que ''en el momento de vincularse como testigo al proceso contaba apenas diez y seis años, y carecía de madurez biológica e intelectual necesarias para que su testimonio pueda marginarse del reparo que se le formula''.

l) Igualmente observa el impugnante que el referido testimonio ofrece fundadas sospechas ''en relación a las condiciones del objeto a que se refiere, condiciones que están íntimamente vinculadas a las circunstancias de percepción'', y en cuyo examen ''también se cometen en la sentencia recurrida flagrantes errores de interpretación, como en seguida veremos:

''Está demostrado que Marina Rivera, desde horas tempranas de la noche, se había dedicado a ingerir bebidas embriagantes, lo que, lógicamente, indica que al llegar a la bomba de gasolina de la 'Esso' de Chinchiná se hallaba en avanzado estado de beodez. Pero como si tal inferencia no fuera suficiente para establecer la perturbación síquica de la testigo, a consecuencia de la intoxicación alcohólica, a folios 102 vuelto y siguientes del cuaderno principal, el señor Leonidas Gutiérrez, Secretario de la Alcaldía de Chinchiná, nos dice: 'estas mujeres —la Rivera y la Ríos— estaban bastante embriagadas', refiriéndose a la madrugada del 10 de noviembre de 1959''.

Dice también el demandante, luego de observar la falta de lógica de que las mujeres Rubiela Ríos y Marina Rivera aceptaran abandonar la camioneta en que llegaron al lugar de los hechos, siendo así que caía un torrencial aguacero en esos momentos, que esa misma circunstancia de la lluvia, en el supuesto de que tales declarantes se hubieran retirado a una casa vecina, colocaba a ''la pretendida testigo en condiciones difíciles para percibir lo relatado por ella''.

Agrega que ''como si lo dicho, en relación con las presuntas condiciones de percepción propias del testimonio analizado fuera poco, a folios 266 y siguientes del cuaderno principal, aparece una diligencia de inspección ocular, practicada por el *a quo*, en la que se lee: 'de la casa más cercana y sitiándonos entre la mitad del frontis de la misma y una torre metálica que sostiene conductores eléctricos puede verse parcialmente el surtidor principal, aunque no muy claramente; sin embargo, desde ese sitio no podía verse, dadas las circunstancias del cadáver yacente y mucho menos los actores del drama, cuando estaban rodeando al occiso' ''.

ll) Pone de presente el impugnante algunas contradicciones de la declarante Marina Rivera, respecto de algunos hechos circunstanciales, con lo aseverado por Rubiela Ríos, tales como la hora en la que estas testigos se reunieron con los hermanos Salazar Carmona el día de los hechos; el lugar a donde fueron invitadas por éstos y el momento en que el Agente Taborda subió al vehículo que conducía Gilberto Salazar Carmona.

Sobre este particular dice el doctor Chaves Echeverri lo siguiente:

''Sería labor interminable el puntualizar las contradicciones en que incurre Marina Rivera, en su declaración de folios 47 y siguientes, y Rubiela Ríos, en su deponencia de folios 61 y siguientes. Pero ellas son tan evidentes que basta comparar sus exposiciones, como lo he venido haciendo,

para que hieran las pupilas de un juzgador imparcial. La Rivera, en su declaración comentada, describe así los hechos centrales de su relato: '... al llegar allí, Gilberto Salazar y el Policía, que es de nombre Argemiro Taborda, a quien yo conozco mucho porque era el encargado de citarnos a nosotras para ir al puesto de salud al examen semanal, llamaron al *guachimán,* y él salió de los lados de la oficina de la estación Esso...'; le pidieron que le pusiera gasolina a la camioneta, y 'como Gilberto Salazar nos había dicho que nos fuéramos, 'La Loca' y yo mientras le echaban gasolina, nosotras nos arrimamos al lado de una casa verde, que queda cerca a la bomba; antes de irnos nosotras Gilberto y el Policía Taborda se bajaron; Gilberto cogió la varilla y dijo que la sacaba porque iba a arreglar el carro; cuando nosotras nos dirigimos a la casa verde, Dumas Salazar se quedó dentro de la camioneta; no sé si después se haya bajado, en todo caso estando yo con La Loca, ella me dijo: mira cómo le están pegando al guachimán, pero cuando yo miré, ya no vi al guachimán, y sólo observé que rápido se subieron a la camioneta, Gilberto Salazar y el Policía Taborda, y ahí mismo la arrancaron y se dirigieron al lugar donde La Loca y yo estábamos, y entonces Gilberto nos dijo que subiéramos rápido; yo me subí a la cabina y La Loca se subió atrás donde venía...'.

"Rubiela Ríos los narra en la siguiente forma: '... y estábamos ya en la bomba o estación de servicio 'Esso' de Chinchiná, cerca a los surtidores de gasolina, al lado de afuera, cuadraron la camioneta, Gilberto llamó al *guachimán* o celador de la bomba; entonces Gilberto y el Policía Taborda nos dijeron a Marina Rivera y a mí: 'Bájense y nos esperan allá arriba'; yo le dije a Dumas que se bajara con nosotras, Dumas se bajó y siguió con nosotras hacia una casa de ventanas verdes, y nos sentamos en la acera de esta casa; Dumas se devolvió inmediatamente, pues él no se sentó con nosotras, y se fue con dirección a la bomba donde estaba Gilberto y el Agente Taborda; al ratico de estar nosotras sentadas en el andén de la casa de ventanas verdes le dije estas palabras a Marina: 'Qué desgracia andar con esta gente, nosotras tánto rato sentadas aquí y ellos sin venir'; entonces yo me paré y miré hacia la bomba: vi a Gilberto Salazar y al Agente Taborda, Gilberto tenía una varilla de hierro en la mano y con ella le daba al celador, o sea 'el guachimán', y el Agente Taborda estaba parado mirando, sin movención, cerca a Gilberto; Dumas no estaba cerca de ellos; en vista de lo que vi yo le dije a Marina: 'Eh, Ave María, Gilberto es muy grosero, mira cómo le está dando a ese señor'; yo me refería al 'guachimán', quien era quien recibía los golpes de Gilberto, y entonces convidé a Marina, diciéndole: Camine vamos; ella me contestó: Qué vamos a hacer por allá, yo le dije: También es cierto. Habíamos acabado de decir esas palabras cuando llegó Gilberto manejando la camioneta, Dumas iba encima, Gilberto le dijo a la Polla: 'Súbase Polla', habiéndose bajado el Agente Taborda para que Marina, o sea 'La Polla', quedara al medio de los dos; yo me subí encima donde estaba Dumas; Taborda le dijo a Gilberto: Dé la vuelta por la zona; entonces los cinco nos dirigimos a la zona....''.

En seguida anota el impugnante lo que pasa a transcribirse:

"¿Fue sólo Gilberto Salazar quien llamó al 'guachimán', o fueron él y el Agente Taborda quienes realizaron dicho acto? ¿Ambos les pidieron a las mujeres que se bajaran de la camioneta mientras la surtían de gasolina, y que los esperaran en una casa cercana al lugar, o tal petición sólo fue formulada por mi patrocinado? ¿Antes de abandonar las mujeres el vehículo, Gilberto Salazar sacó una varilla, o lo hizo cuando ellas ya se habían retirado de los surtidores? ¿Dumas Salazar acompañó a las mujeres en su recorrido, o permaneció en la camioneta? ¿Rubiela Ríos le dijo a Marina Rivera: 'qué desgracia andar con esta gente, nosotras tánto rato sentadas aquí y ellos sin venir', o tales palabras no se pronunciaron? ¿Rubiela Ríos dijo 'mira cómo le están pegando al guachimán', o dijo: 'Eh, Ave María, Gilberto es muy grosero, mira cómo le está pegando a ese señor'?

"Al finalizar su relato dice la Rivera: '... nosotras estuvimos detenidas en el cuartel como hasta las nueve de la mañana del día martes, diez de noviembre, y después que recibimos (sic) declaración, nos pusieron en libertad. La contradice Emilio Arroyave (f. 127) en los siguientes términos: '... y esta mujer —Marina Rivera— regresó el martes diez del citado noviembre, no puedo decir exactamente a qué horas, porque nosotros, es decir, mi mujer y yo, nos levantamos a las siete de la mañana de ese día y vimos que Marina ya estaba acostada...'. Más adelante añade: '... yo supe lo de la muerte del celador de la bomba por un Agente de Policía, que fue a citar a Marina Rivera, como a las nueve o diez de la mañana del día martes diez de noviembre del año pasado...'. Es de advertir que Rubiela Ríos también contradice, en su declaración, la afirmación de la Rivera que comentamos. La sentencia recurrida le ha dado a la declaración rendida por Marina Rivera, a folios 160 y siguientes, el carácter de una retractación,

siendo que tal calificativo debe emplearse, no en relación con ese testimonio, sino con el que venimos comentando. La Rivera, en su declaración de folios 47 y siguientes, se retractó de lo que había dicho al folio 10 del cuaderno principal. En la declaración de folios 160 y siguientes...", dice la Rivera que el testimonio de cargo no es cierto, porque "esa declaración la dije yo por miedo a los detectives. Y la única verdad es la que estoy diciendo ahora", es decir, en la que rechaza la imputación que antes hiciera a Gilberto Salazar Carmona.

Concluye el demandante este primer acápite expresando que el *ad quem*, "por error flagrante en la interpretación de los hechos, dio a la declaración comentada un valor que no tiene, y en virtud de dicho error violó el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, ya que no tuvo en cuenta las reglas que debe atender el Juez, al apreciar la validez de un testimonio".

2º *Acápite B* (fs. 42 a 63 de la demanda), *declaración de Rubiela Ríos.*

Afirma el demandante que "el fallo recurrido, al aceptar como ciertos los hechos relatados por la mujer Rubiela Ríos en su declaración de folios 61 y siguientes del cuaderno principal, incurrió en un flagrante error interpretativo, por las razones que vamos a exponer:

a) Que "Dumas Salazar no fue concubino de Rubiela Ríos...", como lo asevera el *ad quem* en la sentencia impugnada.

b) Que "es gratuita la afirmación que se hace en el fallo de que los sindicados han tenido interés en ocultar la verdad"; de otra parte, "el funcionario que instruyó el sumario desde el folio 2 al 42 del cuaderno principal, tampoco fue negligente en el cumplimiento de su deber", y, asimismo, "no está probado, por la declaración de Marina Rivera ni por las indagatorias de los mismos sindicados, ni por las declaraciones de los funcionarios que levantaron el cadáver, que aquélla y Rubiela Ríos hubieran sido llevadas, la misma mañana del crimen, a la Alcaldía de Chinchiná, para rendir testimonio. Por el contrario, esta afirmación —otro de los flagrantes errores del fallo recurrido— está plenamente desmentida en los autos". Sobre esto último, el demandante transcribe lo declarado por Marina Rivera (fs. 160 y ss.), Gilberto Salazar (fs. 69 v. y ss.) y Argemiro Taborda (fs. 87 v. y ss.).

c) Que "el expediente no informa que Rubiela Ríos se hubiera perdido u ocultado a raíz de los hechos sangrientos que se investigan...", ni sobre "las razones que la impulsaron para cambiar de domicilio... De tal manera que los interrogantes que plantea el honorable Tribunal en este aparte de su sentencia sólo podrían resolverse oyendo, en ampliación de testimonio, a Rubiela Ríos, y no haciendo las conjeturas aventuradas y un poco tendenciosas que formula la Sala, para concluír que fueron los sindicados Salazar quienes propiciaron la ocultación o 'la ausencia inmediata de la población de Chinchiná' de la deponente".

d) Que el hecho de que Rubiela Ríos relate con fidelidad algunos incidentes del jolgorio, no indica, "como erróneamente lo afirma el honorable Tribunal, que esté diciendo la verdad en relación con otros" aspectos de su testimonio.

e) Que se equivoca el *ad quem* cuando le da credibilidad al testimonio de esta declarante, "porque acierta a indicar el diámetro de la varilla y se aproxima notoriamente al describir su longitud", así como yerra cuando acepta "la afirmación de la misma de que desde el lugar en donde se hallaba observó dicha varilla".

f) Que la aseveración de la Ríos de que desde hacía algunos días había visto una varilla en poder de Dumas Salazar, quien le expresó a la testigo que la conservaba para reparar el vehículo, ofrece los siguientes comentarios:

"Está desmentida por el señor Dumas Salazar; carece de respaldo probatorio en los autos; es ilógica, por cuanto, dado el tamaño de la varilla, es imposible que cupiera, como lo afirma la declarante, debajo del cojín de la camioneta, y finalmente, está reñida con razón en lo que respecta a la explicación que la testigo coloca en labios de Dumas acerca de su destinación, porcuanto una varilla de tal espesor no presta servicio alguno como herramienta mecánica".

g) Que Rubiela Ríos "pone de manifiesto la mendacidad de su declaración cuando contesta al instructor, al ser interrogada sobre la cantidad de tiempo durante el cual estuvieron ella y su compañera Marina Rivera esperando a los hermanos Salazar y al Agente Taborda junto a la casa cercana a la bomba, que allí permanecieron durante una hora...", porque:

a') "Está probado que los señores Salazar abandonaron la región de 'El Trébol' después de las dos de la madrugada, y que en el recorrido hacia Chinchiná tardaron cerca de cuarenta minutos, razón que nos permite calcular como hora mínima del arribo de ellos a la bomba, la de las dos y media de la madrugada. Pues bien, si las mujeres esperaron en lugar dicho una hora, apenas se retiraron de allí a las tres y media a. m., y sabemos, por la declaración del chofer Nepomuceno Gómez Hoyos (alias 'Pololo') que a las

tres y diez de la mañana ya estaba en el lugar de los hechos el señor Secretario de la Alcaldía de Chinchiná haciendo las gestiones conducentes para practicar la diligencia de levantamiento del cadáver".

b') "La Ríos, en la relación de hechos contenida en su exposición, contradice la respuesta dada al funcionario instructor que venimos comentando. Dice la Rivera: 'al ratico de estar nosotras sentadas en el andén de la casa...' y entra a relatar el hecho central, y a concluír afirmando que después de acaecido éste 'no habíamos acabado de decir estas palabras cuando llegó Gilberto manejando la camioneta...'. Lo anterior nos permite concluír que las mujeres... apenas estuvieron, según ellas, un 'ratico' fuera de la camioneta, y no una larga hora...".

h) Que se equivoca el *ad quem* cuando deduce del hecho declarado por Rubiela Ríos de que al llegar a Chinchiná llevaba las ropas húmedas, la certidumbre de que ésta y la Rivera se bajaron del vehículo cuando los hechos tuvieron ocurrencia, pues si estaba lloviendo, también pudieron mojarse cuando antes de llegar a la bomba de gasolina Esso abordaron la camioneta de los hermanos Salazar Carmona.

i) Que al testimonio de Rubiela Ríos corresponde hacerle las mismas tachas propuestas contra la declaración de Marina Rivera, pues como ésta, aquélla también es una prostituta y su edad no llega a los veinte años. De otra parte, dice el demandante, "está acreditado que Rubiela Ríos, al llegar a la bomba de la Esso, se encontraba en avanzado estado de embriaguez y, por ende, carecía de la integridad cerebral necesaria para que los hechos narrados por ella le den al juzgador la certeza legal requerida para pronunciar una sentencia condenatoria".

Anota, igualmente, que "el copioso aguacero que caía durante la noche de autos, en el lugar de los hechos, recortaba la visibilidad de la testigo Ríos y hacía imposible que ella percibiera los hechos que relata".

j) De la diligencia de inspección ocular transcribe el demandante lo siguiente:

"Entre la casa más próxima a la estación de servicio hay una distancia aproximada de noventa y cuatro (94) metros, siendo la visibilidad un poco perturbada, aunque esté despejado el espacio de la bomba... Detrás de los avisos de 'Kerosene-Esso' y de 'Diesel-Esso' hay un barranco sobre el cual hay edificada una casa, cuyo frontis colocado al lado completamente opuesto a la estación de servicio posee ventanas y puerta de color azul-verdoso, con andén. No obstante ese sitio por dar o estar localizado diametralmente opuesto al perímetro o área de estación de servicio, y suponiendo que alguien se sentara en el andén de esa casa, le quedaría imposible ver lo que sucediese en la estación de servicio, a menos que estuviese situado en el final del andén mirando hacia la izquierda, o sea hacia la estación de servicio. No obstante, teniendo en cuenta el hecho de que en el sitio limítrofe entre la estación de servicio y la vía del ferrocarril había muchos vehículos parqueados esa noche, obstaculizando la correcta visibilidad...; creemos nosotros los peritos que, de acuerdo con las declaraciones de algunos testigos, quedaba imposible observar cualquier hecho que sucediese en el área urbana de la estación de servicio, inclusive en los surtidores principales, ya que el ángulo de visibilidad desde ese sitio hacia la estación de servicio, con los obstáculos de por medio, es nulo...".

Con apoyo en lo antes copiado, dice el demandante que "cabe preguntar: ¿Si era imposible observar lo que estuviese sucediendo cerca a los surtidores de la bomba, cómo hizo Rubiela Ríos para percatarse de los hechos que relata en su deponencia? Si la nula visibilidad impedía determinar la presencia, incluso, de personas en el área aledaña a los dichos surtidores, ¿cómo pudo ella identificar una varilla de solo sesenta centímetros de longitud y cuyo color —oscuro, casi negro— confundía con las sombras reinantes en el lugar? Para sintetizar: la distancia —cien metros aproximados...—; el nulo ángulo de visibilidad; la espesa cortina de lluvia que caía durante la noche de autos y el avanzado estado de embriaguez de la testigo, son circunstancias que le habían impedido percibir los hechos que relata y que, por ende, establecen irrefragablemente la mendacidad de sus afirmaciones acusatorias".

k) Plantea el impugnante, igualmente, algunas contradicciones existentes entre el testimonio de la Ríos y la declaración de la Rivera, de las cuales hizo antes referencia.

l) Por último, observa el doctor Chaves Echeverri lo siguiente:

"Resta analizar las condiciones en que Rubiela Ríos se vinculó, como testigo, a este proceso.

"Esta declarante fue citada por la Alcaldía a rendir testimonio el mismo día de los hechos, cita que no atendió, según afirma Marina Rivera... A folio 59 se lee, en el informe dado por los detectives, la siguiente afirmación: 'El día 6 de los corrientes nos trasladamos al Municipio de Aguila (V) con el objeto de dar captura a la mujer antes citada —Rubiela Ríos—'. Añade

el informe: 'La detenida en mención se encuentra en la oficina de esta Subseccional (la de Pereira), donde queda a su disposición...'. La testigo fue interrogada en las oficinas del Servicio de Inteligencia Colombiano en Pereira el día ocho de febrero de 1960, es decir, que se le mantuvo detenida durante 48 horas antes de recibirle testimonio. Cabe preguntar: ¿Es correcto el procedimiento de detener a los testigos antes de interrogarlos? ¿Autoriza la ley a un funcionario para que ordene la captura de un declarante y lo conduzca a un lugar diferente de su domicilio para ser interrogado allí? El artículo 250 del Código de Procedimiento Penal..." responde negativamente a lo anterior... "Uno de los requisitos esenciales para la validez del testimonio es que éste se produzca en un clima de libertad, ajeno a toda presión, y que permita al declarante hacer un relato exento de toda coacción. Un testigo que como Rubiela Ríos declara estando privado de su libertad, sometido a la influencia arbitraria de detectives inescrupulosos, en un ambiente inquisitorial y siniestro como lo fue y aún continúa siéndolo —en menor escala— las oficinas del detectivismo en los Departamentos afectados por el estado de sitio, carece de la libertad necesaria para decir la verdad, y sus afirmaciones deben ser recibidas con un riguroso beneficio de inventario. Y si este testigo es —como Rubiela Ríos— de ninguna contextura moral, de escasos años, de sexo débil y más susceptible que otros en razón de su oficio —la prostitución— a la influencia de funcionarios arbitrarios, sí que se torna aún más sospechosa la fidelidad de su relato. Estas irregularidades, que no fueron tenidas en cuenta por el honorable Tribunal al valorar la prueba, constituyen razones de fuerza lógica palmaria, para rechazar la veracidad de la declaración que se analiza. Finalizamos este acápite diciendo que el fallo recurrido incurre en flagrante error de interpretación, al endilgar a la declaración de Rubiela Ríos un valor que no posee".

3º *Acápite C* (fs. 63 a 64 de la demanda), *carta de Rubiela Ríos Gaviria.*

En cuanto al documento que obra al folio 77 del cuaderno principal, suscrito por "Rubiela Ríos" (transcrito a máquina en el f. 114), y del cual se dice por los detectives números 1043 y 1590 que fue por ellos interceptado cuando la firmante lo dirigía al procesado y entonces detenido Dumas Salazar Carmona, anota el demandante que "los 'tiras' no explican la forma como interceptaron la carta, circunstancia que hace altamente sospechosa la autenticidad de tal misiva. Ella, además, no fue sometida al reconocimiento de Rubiela Ríos, e ignoramos si realmente la escribió o no esta testigo".

De lo anterior, concluye el doctor Chaves Echeverri que el *ad quem* "erró flagrantemente... al atribuírle autenticidad a una carta que no está demostrado que la tenga y que además, por las razones anotadas, aparece desprovista de ella, o por lo menos altamente sospechosa de ser una prueba falsificada".

Observa sobre este mismo particular: "¿Cómo hizo Rubiela Ríos, quien desde hacía varios días se encontraba en el Aguila (V), para enterarse de que Dumas Salazar se hallaba detenido en la cárcel de Pereira? Y si desconocía ese hecho, ¿por qué le dirigió la carta a dicho lugar? Todo indica que, si realmente la Ríos escribió la misiva en análisis, lo hizo presionada por los detectives, quienes la coaccionaron deseosos de condimentar el 'tamal' judicial que le estaban fabricando a los hermanos Salazar para cumplir instrucciones de los enemigos políticos de don Ernesto Salazar".

4º *Acápite D* (fs. 64 a 77 de la demanda), *declaración de Nepomuceno Gómez.*

Afirma el demandante que "otro flagrante error, cometido por el honorable Tribunal, es el de interpretar la declaración de Nepomuceno Gómez, en el sentido de que este testigo, al llegar a la bomba de la 'Esso' en Chinchiná, vio en sus oficinas a los hermanos Salazar en compañía del Agente Taborda y no al Secretario de la Alcaldía de Chinchiná, acompañado de Dumas Salazar y del mismo Agente".

Anota el doctor Chaves Echeverri que este testigo "no afirma categóricamente que en las oficinas de la bomba hubiera encontrado a Dumas y Gilberto Salazar y al Agente Taborda; sus asertos son bien diferentes. Dice textualmente: '... allí en la oficina se encontraban los dos hijos del señor Ernesto Salazar, un Agente de la Policía que llamaba por teléfono, y no recuerdo quién más...'. No es necesario ser un zahorí para concluír que con la expresión 'no recuerdo quién más' está indicando Gómez la presencia de otra u otras personas distintas a las nombradas, entre las cuales está, como luego lo veremos, el Secretario de la Alcaldía de Chinchiná en las oficinas de la bomba, teatro de los acontecimientos".

Luego de transcribir la aclaración que este testigo hace en su deponencia del folio 48 V. y siguientes, observa el impugnante que Gómez "vio en dicho lugar a Dumas Salazar y al Agente Taborda acompañados por el Secretario de la Alcaldía Municipal, en el momento en que ellos trataban de comunicarse con el propietario del

establecimiento para informarle la muerte de su trabajador. Gilberto Salazar, en ese momento, no se hallaba en dicho sitio; podía estar frente a la casa de unos familiares, lugar en donde fue visto por el señor Nadín Castaño, cuando éste se dirigía hacia la bomba (f. 54 y ss.)''. Agrega que ''de no ser así, ¿qué explicación tendría el hecho de que Nepomuceno Gómez no hubiera visto, en el mismo lugar, a las mujeres Rubiela Ríos y Marina Rivera? Lo que sucedió fue que cuando el declarante llegó al sitio mi patrocinado había llevado a sus compañeras de jolgorio al Cuartel de Policía, lugar en donde fueron dejadas hasta eso de las seis de la madrugada, y el Secretario de la Alcaldía ya había abordado el vehículo y arribado en él al teatro de los hechos. Además, ¿cómo es posible que una persona asesine a otra, con el propósito de robar, penetre al lugar en donde va a consumar su latrocinio, y una vez allí coja el teléfono para informar que acaba de cometer un crimen...? La afirmación que hace el honorable Tribunal de que Gómez, al dar la ampliación de su declaración, explicó la confusión que se analiza 'ya posiblemente preparado', a más de carecer de todo respaldo procesal, llega a perder su carácter de flagrante error para adquirir los contornos de una verdadera calumnia.

''Si como sostiene el fallo, el Alcalde de Chinchiná es pariente de los sindicados, afirmación también calumniosa, ¿por qué no presionó al testigo para que se abstuviera de decir cosas que podía comprometer a sus familiares? ¿Y por qué la explicación está precisamente en la ampliación recibida por el Inspector Carrasco, quien se mostró tan acucioso en aportar pruebas de cargo contra mi defendido? Lo que sucede es que ambas declaraciones son creíbles, lo afirmado en ellas no se excluye entre sí, ya que la segunda viene a ser un complemento de la primera. Confrontando las declaraciones de Gómez y de Nadín Castaño se concluye, no lo erróneamente manifestado en el fallo, sino que los sindicados, excepto mi defendido, estuvieron a las tres y diez de la mañana —no a las tres— en las oficinas de la bomba y en compañía del Secretario de la Alcaldía. Fue más perspicaz el *a quo* al analizar este aparte del problema, cuando dijo: '... este señor Gómez Hoyos había creado la sospecha de que quienes estaban en la oficina pudieron ser los asesinos de Uribe, pero ya quedó aclarado que precisamente quienes estaban en la oficina eran el propio Secretario de la Alcaldía en compañía del Agente Taborda, quien le notificó del caso' ''.

Expresa el demandante que ''el origen de los flagrantes errores de interpretación imputables al fallo recurrido es, quizás, el hecho de que el honorable Tribunal, al analizar las diversas pruebas practicadas por el señor Arturo Cañaveral, en su calidad de burgomaestre de Chinchiná, considere que él, como pariente de los sindicados, hubiera torcido la investigación para cobijarlos con una impunidad abominable. Pero sucede que el señor Cañaveral —persona de reconocidos méritos personales y de una pulcritud moral, al margen de la más leve duda— no tiene ningún parentesco... con los señores Salazar''.

Observa que el *ad quem* tomó como base, para afirmar la existencia de dicho parentesco, el memorial del doctor Gabriel Echeverri Jaramillo, entonces apoderado de los hermanos Salazar (f. 134 del cd. principal), quien solicita que ''se comisione al señor Inspector de Policía por cuanto el Alcalde de la misma ciudad está impedido, ya que es tío político de los sindicados Salazar'', memorial dirigido al señor Juez 1º Superior de Manizales, y que está fechado el 18 de abril de 1960. Pero, obviamente, no se refería al señor Cañaveral, funcionario que adelantó la investigación hasta el día 28 de noviembre de 1959, sino al señor Alcides Ospina Morales, quien el 27 de enero de 1960, ''ese sí tío político de los señores Salazar'', Alcalde de Chinchiná en esa fecha, y cuya única actuación en el proceso consistió en hacer entrega del expediente al señor Inspector Departamental de Gobierno, como consta al folio 43 del informativo. Agrega el demandante que ''se ha dicho lo anterior especialmente para demostrar el tremendo error cometido por el Tribunal al hacerle un reparo a la declaración del señor Gutiérrez, según el cual éste 'era Secretario del Alcalde que había en esa fecha —la de los hechos— en la población de Chinchiná, y ya vimos cómo dicho Alcalde, por su parentesco con los sindicados Salazar, tenía interés en favorecerlos...'. Cabe aquí decir que es hasta cierto punto censurable la notoria ligereza con que el honorable Tribunal acepta, en el fallo recurrido, hechos que no sólo no están probados, sino que, como el anterior, están francamente reñidos con la verdad. Esta ligereza que podría no ser grave en aquella clase de negocios que, tramitados por el procedimiento ordinario, tienen múltiples oportunidades procesales para corregir sus errores, adquiere una peligrosidad espantable en casos como éste, que, sometido a las normas restrictivas del 0012, permiten que un proceso en el cual no se ha formulado pliego de cargos, por haber sido inicialmente resuelto con el sobreseimiento temporal, se convierta, de la noche a la mañana, en varios años de privación de la libertad para un ciudadano''.

Por último anota que ''Gutiérrez'' al afirmar ''con convicción que en la camioneta estaban Gil-

berto y Dumas Salazar y las dos mujeres alegres que los acompañaban, para añadir que cree que andaban con éstos, en la parte de atrás, un hermano o trabajador de ellos...", no inventó, como dice el *ad quem*, un personaje inexistente "para favorecer a los hermanos Salazar", porque su expresión "creo, indica que no estaba seguro del hecho; coloca la presencia de un quinto ocupante del vehículo en un plano de dudas; no entraña afirmación categórica"; es un "error de buena fe en que incurrió el testigo".

Como conclusión de este acápite, afirma el impugnante que "en el fallo recurrido se cometió un flagrante error de interpretación al endilgarle a la declaración de 'Pololo'..." (Nepomuceno Gómez) "un sentido acusatorio que no tiene".

5º *Acápite E* (fs. 77 a 79 de la demanda), absoluta ausencia de prueba que permita imputar *el delito de robo a Gilberto Salazar Carmona.*

Manifiesta el señor apoderado del recurrente que el *ad quem* incurre en error cuando afirma que "la materialidad de los delitos del homicidio y robo cometidos en el celador Alfonso Uribe Uribe quedó comprobada legalmente, lo mismo que la autoría de dichos ilícitos está demostrada en la persona del citado Gilberto Salazar Carmona", pues ni siquiera "las mujeres, en sus mendaces exposiciones, se atreven a puntualizar dicho cargo" de robo. "Lo que sucede es que no existe en el proceso prueba que justifique la razón o la sinrazón que pudo haber guiado a mi defendido para eliminar la vida del celador de la bomba 'Esso'. Entre ellos no existía enemistad —hecho plenamente demostrado— y no habían tenido relaciones —fuera de las fugaces en la bomba— que permitieran conjeturar un interés sentimental o económico que guiase al procesado en sus hipotéticos propósitos criminales. Tal circunstancia obligó al Tribunal a forzar la realidad probatoria para encontrar un móvil determinante del homicidio en la pérdida de 'unos cachivaches' que ninguna importancia económica tenían para una persona perteneciente a una familia acaudalada, como es Gilberto Salazar Carmona...", de quien dicen los señores Hernando Duque Arango y Layo Botero Mejía, Gerentes de los Bancos Cafetero y de Bogotá en Chinchiná, que "este muchacho...", así como Dumas Salazar... "son personas conocidas ampliamente en Chinchiná como correctas y honorables y como hijos que son del señor Ernesto Salazar, consideramos que hayan tenido todas las comodidades económicas...".

6º *Acápite F* (fs. 79 a 88 de la demanda), *las otras declaraciones de Marina Rivera.*

Se refiere el demandante, en este acápite, a las exposiciones de la nombrada y que aparecen a los folios 10 y siguientes, 160 y siguientes, y en la diligencia de inspección ocular, para señalar que el *ad quem* incurrió en error al negarle la credibilidad que esta testigo ofrece en esas declaraciones.

Con respecto al primer testimonio de la Rivera, dice el doctor Chaves Echeverri que la equivocación del Tribunal proviene:

a) De entender el *ad quem* que esa declaración fue rendida ante el Alcalde, señor Arturo Cañaveral, pariente de los hermanos Salazar Carmona, siendo así que aquél no tiene nexo alguno de familia con éstos.

b) Dé tomar la ausencia de detalles de esa deponencia como indicadora de insinceridad en la testigo, siendo así que "esto obedeció a que no se le interrogó sobre esos detalles, ya que el planteamiento inicial del negocio, al descartar la responsabilidad de los acompañantes de esta testigo, le restaba todo interés a la relación completa de las incidencias del jolgorio", a más de que la declarante "da todos los detalles de su arribo a la bomba de la Esso, de la búsqueda del celador, del encuentro macabro del cadáver y del aviso que del hecho se dio a las autoridades...".

c) De aceptar como demostrado, sin existir tal demostración, que Marina Rivera "hubiera sido coaccionada por los Salazar o por el señor Arturo Cañaveral para rendir la declaración..." comentada.

d) De tomar en consideración una supuesta solidaridad entre la testigo y Gilberto Salazar Carmona, surgida "en virtud de los tragos que ingirieron juntos", como si "una mujer dedicada a divertir, por un precio, a todos los hombres que se lo soliciten...", fuera a sentirse obligada... "porque uno de ellos le brinde unas copas de licor".

En cuanto al testimonio de la misma, y que obra a los folios 160 y siguientes del informativo (cuaderno principal), en el cual se retracta de los cargos hechos a Gilberto Salazar Carmona, dice el impugnante que el *ad quem*, al negarle el crédito que merece, incurre en error, por las siguientes razones:

a) Porque para ello se apoya en una información del señor apoderado de la parte civil, según la cual los hermanos Salazar Carmona, "a puerta cerrada, comprometieron a Marina Rivera para que se retractara de su testimonio acusatorio", dándosele a dicho apoderado la calidad de testigo, sin tenerla jurídicamente. Lo único que

informa Marina Rivera sobre este particular, agrega el demandante, es que "Dumas sí me dijo dentro del salón y estando presente la patrona mía, que si no le daba pesar viéndolo en la cárcel a él, pagando lo que no es...".

b) Porque "es infantil —por decir lo menos— la afirmación del honorable Tribunal, de que Marina Rivera, forzosamente, debía conocer al celador Uribe, por ser de Chinchiná, 'una población tan pequeña...' ", pero que cuenta con cerca de 23.500 habitantes, pues ello implica "pensar que aquélla estuviera en la obligación de conocer a los 23.449 habitantes..." que sobran, como "lo exige, en su fallo, el *ad quem*".

c) Porque el juzgador de segunda instancia desconoce que Dumas Salazar no era concubinario de Rubiela Ríos y que Gilberto Salazar ni siquiera había tenido relaciones sexuales con Marina Rivera.

d) Porque el Tribunal le da un alcance que no tiene a la siguiente respuesta de la declarante Marina Rivera, en el testimonio de los folios 160 y siguientes: "Sí señor, a mí me pusieron de presente la varilla y yo la reconocí como la misma que echó Gilberto Salazar en 'El Trébol', cuando nos íbamos a venir para Chinchiná. Mejor dicho, ellos no echaron ninguna varilla...". En efecto, dice el impugnante, "la respuesta transcrita no es la equivalente, como erróneamente lo cree el honorable Tribunal, a la dada por la misma testigo en su declaración de folios 47 y siguientes. En esta oportunidad, presionada por los detectives, reconoció la varilla que le fuera exhibida como la misma que ella, según falsamente lo había afirmado, viera en poder de Gilberto Salazar durante la noche de autos. En cambio en la respuesta transcrita, la declarante, por una parte, afirma que sí dijo haber reconocido la varilla en la diligencia aludida y añade que ellos, los Salazar, no echaron al vehículo ninguna varilla, y que tal cosa afirmó antes, traicionando la verdad y por la coacción de que fuera víctima".

e) Porque no es cierto que la retractación de Marina Rivera se produjera tardíamente, como observa el *ad quem*, dado que la verdadera retractación de ella es la contenida en su declaración de los folios 47 y siguientes, que rectifica lo que aseveró en su primera deposición. "La contenida en la declaración de folios 160 y siguientes es...", anota el impugnante... "una confirmación de lo afirmado por la testigo a folio 10".

7º *Acápite G* (fs. 80 a 86 de la demanda), *declaraciones de Dumas y Gilberto Salazar y Argemiro Taborda.*

Afirma el demandante que "el Tribunal no dice en qué consiste las contradicciones en que incurren, entre sí, los sindicados, en sus respectivas injuradas (sic), y mal podía decirlo, porque basta estudiar comparativamente esas piezas del proceso para concluír que son coincidentes".

Agrega que "esas aparentes incongruencias versan sobre detalles accesorios...". De otra parte, dice que "los hechos ocurrieron el 10 de noviembre de 1959, Gilberto Salazar rindió indagatoria el 9 de febrero de 1960, y la diligencia de inspección ocular se llevó a cabo el 7 de junio del mismo año. De tal manera que había transcurrido un lapso suficiente para que una persona de ninguna disciplina intelectual como el procesado..., olvidase un detalle accesorio, el cual es el de la bajada o no bajada de la camioneta. Además, Salazar nunca presumió que, por el hecho de ir a denunciar un crimen y de colaborar en las diligencias iniciales de su investigación, fuera a resultar comprometido, circunstancia por la cual se..." conservó, con poca fidelidad en su recuerdo... "aquellos incidentes secundarios en que participó. Esta falta de fidelidad en el detalle indica la ausencia de un interés especial en él, de conservar en la memoria los incidentes de la trágica noche y demuestra, por el camino de la inferencia lógica, que mi ofendido (sic) no padeció de ningún complejo de culpa".

Dice que "otro tanto puede anotarse del detalle concerniente a la identidad de la persona que primero constató la presencia del cadáver de Uribe". Y en cuanto al motivo que los llevó a la bomba, "Salazar no se contradice, simplemente que primero menciona una de esas finalidades —la de obtener la herramienta— y después se refiere a la otra —la de surtirse de combustible—. Esto no es una contradicción; constituye un complemento del relato y además versa sobre un detalle accesorio de la narración".

Expresa, también, que "Gilberto Salazar, al ser indagado por el instructor, no afirma, como erróneamente está consignado en el fallo, no haber cargado nunca varillas de hierro en su camioneta. Dice: '... nosotros cargamos un gato en el carro, mecánico, y la varilla que cargamos es de una cuarta y media, y es plancha...'. Antes había afirmado: '... una palanca como esa (la de autos) no nos presta beneficio en el carro para nada...'. Pregunto, entonces: ¿Dónde aparece la afirmación de Gilberto Salazar en el sentido de no haber cargado nunca varillas en su carro, y cuál es la contradicción 'flagrante' en que ha incurrido este sindicado?".

"Finalmente, no está demostrado que el incidente referido por Nadín Castaño, como testi-

go de oídas, suscitado entre Gilberto Salazar y el celador...'' (como hecho antecedente, para explicar una situación de enemistad entre ellos) ...''haya ocurrido. Fuera de este declarante *ad referendum*, y cuyo dicho sólo prestaría fe sobre las palabras que según él pronunció el celador Uribe, no existe prueba en el proceso que hable sobre el hecho, no obstante lo cual fue aceptado como evidente por el honorable Tribunal''.

8º *Acápite H* (fs. 86 a 90 de la demanda), *indicios exculpatorios*.

En esta última parte de la demanda, dice el señor apoderado de Gilberto Salazar Carmona lo que pasa a transcribirse:

''Hay hechos con entidad de indicios exculpatorios o 'contraindicios' que descartan la autoría del delito para Gilberto Salazar, y que por flagrante error interpretativo no fueron tenidos en consideración por el honorable Tribunal. Veamos cuáles son:

a) ''El número de atacantes fue plural, y entre ellos intervino uno con arma corto-punzante, circunstancia que desmiente el relato de Rubiela Ríos y la declaración acusatoria de Marina Rivera.

A folio 8 ft. aparece el acta correspondiente a la necropsia practicada al cadáver del extinto Alfonso Uribe Uribe. Dice: 'A la inspección presenta una herida de arma corto-punzante, de 4 centímetros de longitud, localizada en la región cervical, lado derecho'. El empleo de dos armas...'', anota el demandante..., ''corto-punzante la una y contundente la otra, indica lógicamente que el número de atacantes fue plural. Además, las talladuras observadas por los expertos médicos en distintas regiones del cuerpo del occiso señalan el hecho irrefragable de que éste fue sujetado por sus atacantes, antes de que lo lesionaran o en el momento de asestarle los golpes mortales.

''Cabría entonces preguntar: si Dumas Salazar —como lo dice la Ríos— nada tuvo que ver en la muerte de Uribe y ni aun siquiera se acercó al sitio en donde éste fue atacado, y si el Agente Taborda, mientras Gilberto Salazar asestaba los golpes, permanecía 'parado sin movención cerca a Gilberto', ¿quién sujetó a Uribe, causándole erosiones en el cuerpo y quién le ocasionó la herida de la región ciliar, con arma cortopunzante? O miente Rubiela Ríos, que es la única que dice haber observado el ataque, porque la Rivera apenas se coloca, en su declaración acusatoria, como testigo de referencia; o miente la diligencia de necropsia, testigo mudo pero de elocuencia avasalladora''.

b) ''Los atacantes de Uribe llegaron a pie al lugar de los hechos, y con el pretexto de que necesitaban un galón de gasolina para desvarar un carro al que, en lugar cercano a la bomba, se les había...'' varado por falta de combustible, ''y obtuvieron que el celador Uribe abandonase las oficinas de la empresa y se acercara a los surtidores, lugar en donde consumaron el ataque.

''Se concluye de este hecho...'', observado por Nadín Castaño (deducciones que hace este testigo, las cuales transcribe el impugnante)... ''que los atacantes de Uribe llegaron a la bomba de la Esso con el propósito de robar; que llamaron al celador con el pretexto de que se les había varado un vehículo por falta de gasolina; que cuando éste les suministraba el combustible le sujetaron violentamente para asestarle la puñalada en la cara y el varillazo mortal; que luego se apoderaron de las llaves de la oficina (cuando el Secretario de la Alcaldía llegó a ella estaba abierta y el candado con sus llaves se hallaba encima del escritorio); que penetraron al local en búsqueda del botín, y que en esos precisos momentos observaron la llegada de la camioneta ocupada por los sindicados, circunstancia que los hizo huír por las mangas aledañas a la estación'' (v. fs. 54 y ss. del testimonio de Nadín Castaño, administrador de la bomba de gasolina ''Esso'', donde trabajaba el occiso).

''Fuera de la anterior interpretación...'', continúa diciendo el doctor Chaves Echeverri..., ''no cabe otra lógicamente en los insucesos, porque la declaración de Rubiela Ríos dice que inmediatamente después de que Gilberto golpeó al celador se dirigió al lugar ocupado por ella y por la Rivera. Y de ser esto cierto —que no lo es— cabría preguntar: ¿quién se apoderó de las llaves de la oficina, abrió el candado y penetró en el lugar, dejando éste y aquéllas encima del escritorio? Si a esto se suma la presencia de gentes sospechosas en el lugar, de que hablan varios testigos, la versión se fortalece hasta el punto de tomarse indiscutible. Para finalizar, conviene citar al *a quo* en la relación que hace de los indicios exculpatorios existentes, a favor de los sindicados, en su providencia de fondo, de folios 229 y siguientes del cuaderno principal. Dice el señor Juez 1º Superior:

'De otra parte existe una serie de detalles que favorecen la situación de los sindicados, y crean en su favor la conciencia de que nada tuvieron que ver con los hechos que se investigan. Esos detalles son, resumidos, los siguientes:

'1º Ser ellos mismos quienes dieron la voz de aviso a las autoridades sobre el crimen, y haber

colaborado en las primeras diligencias. Se requiere una extraordinaria audacia y sangre fría para cometer tan vil asesinato y llamar tranquilamente a las autoridades para que investiguen el caso.

'2º La falta de necesidad de robar que se aprecia en los sindicados, pues su señor padre es persona de reconocida solvencia económica, lo que favorece a los procesados..., y es de suponer que Dumas y Gilberto Salazar y Taborda, teniendo medios suficientes, no iban a cometer tan execrable crimen por unas cuantas baratijas, que era lo único que portaba Uribe.

'3º Entre Alfonso Uribe y los sindicados no existía enemistad de ninguna clase que permitiera pensar en una venganza o represalia grave que pudiera terminar en un crimen.

'4º Existen declaraciones que indican que la camioneta en que viajaban tenía un pequeño desperfecto, lo que hizo a los sindicados arrimar a la bomba. Luego existe el motivo por el cual buscaron a Uribe.

'5º Otras personas, quizá muchas, arrimaron a la bomba antes de llegar los acusados. Sobre la conducta y proceder de éstas no se hizo ninguna averiguación, y la investigación debe perfeccionarse en ese sentido. Los mismos sindicados afirman haber encontrado en su camino varios carros que necesariamente debían haber pasado por la bomba, esto es, si los asesinos no tomaron otro rumbo, como el de Manizales o Pereira.

'6º Existen varias declaraciones de testigos que afirman haber visto esa misma noche de los hechos a varios tipos 'sospechosos y desconocidos' por los alrededores de la bomba. Esos declarantes, a saber: Germán Restrepo (f. 11), Héctor Jaramillo (f. 16 v.) y Asceneth Castaño (f. 18) manifiestan muy claramente que la noche de los hechos vieron en la cercanía de la bomba un hombre que no pudieron identificar, por cuanto permanecía agachado y tapada la cara, persona en extremo sospechosa, y de la cual nada se averiguó. Queda por hacerlo aún' ''.

Son las anteriores las razones en las que el demandante apoya los cargos que hace a la sentencia recurrida y que relaciona en los ocho acápites de que se ha hecho referencia.

III. *Consideraciones de la Sala.*

Dos planteamientos han sido la materia del debate adelantado en las instancias, respecto de la situación jurídico-penal del procesado Gilberto Salazar Carmona, a saber:

1º La de su completa inocencia en los delitos de homicidio y robo que dieron lugar a este negocio, pues sólo tuvo conocimiento de la muerte del señor Alfonso Uribe Uribe cuando, con sus compañeros de jolgorio, la noche de los hechos, arribó a la bomba de gasolina que la sociedad ''Esso'' tiene en las afueras de la población de Chinchiná.

2º La de su responsabilidad, como autor único, de los mencionados delitos.

Para el juzgador de primera instancia, los elementos de juicio no permitían condenar a ninguna de las personas que rindieron indagatoria, por lo cual absolvió a Jaime Valencia Calle y sobreseyó temporalmente en favor de los hermanos Gilberto y Dumas Salazar Carmona y de Leonardo Granada García (alias ''Guachivitrola''). El *ad quem*, en cambio, encuentra apoyo suficiente en los testimonios de Rubiela Ríos y Marina Rivera para responsabilizar penalmente al procesado Gilberto Salazar Carmona como autor único, y absuelve, en consecuencia, a los demás sindicados.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal considera acertado el análisis de las pruebas que hace el Tribunal Superior de Manizales en el fallo impugnado, por lo cual rechaza los cargos propuestos por el demandante. Dice que ''a lo largo de su exposición el abogado no hace otra cosa que referirse a detalles y divergencias leves y accesorias que en nada inciden en cuanto al fondo: en cuanto a esa verdad incuestionable que se ha dejado conocer en el proceso''.

Agrega:

1º Que en la crítica de los testimonios de Marina Rivera y Rubiela Ríos, el doctor Chaves Echeverri 'quiere repetir su polémica sobre asuntos ya tratados''.

2º Que en cuanto a la carta ''atribuída a Rubiela Ríos, y por la que se sindica del crimen de autos a Gilberto Salazar Carmona y a Argemiro Taborda.. , lamentablemente se escapó al instructor haber hecho uso de los medios procedimentales que permiten verificar la autenticidad de esa clase de documentos, y, a pesar de la fuerza indiciaria de la carta, no se puede afirmar que sí fue producto del pensamiento y de las manos de Rubiela Ríos. No obstante, esta duda no es capaz de desvirtuar la convicción que llevó a los Magistrados del Tribunal de Manizales a condenar a Gilberto Salazar Carmona como responsable de la muerte de Alfonso Uribe Uribe''.

3º Que ''las alegaciones contenidas en los acápites D, E, F y G de la demanda, tienen como fundamento meras suposiciones e hipótesis y de-

talles sin trascendencia alguna, desde el punto de vista jurídico y probatorio, por lo cual la Procuraduría se abstiene de responderlos. En el acápite H el abogado enumera los que él considera como indicios exculpatorios o 'contraindicios' que, según su manera de pensar, exoneran de toda responsabilidad a Gilberto Salazar, 'y que por flagrante error interpretativo, no fueron tenidos en consideración por el honorable Tribunal'. Pero si se leen esos 'contraindicios...' se encontrará que ellos se fundamentan también en suposiciones que tampoco serán respondidas, por obvias razones, en esta vista fiscal. Tales 'indicios exculpatorios' son rematados con algunas consideraciones del *a quo*, las que a su vez fueron rectificadas por el Tribunal en su providencia".

Concluye la Procuraduría que, "en síntesis, este Despacho, después de realizar el estudio cuidadoso del expediente, ha llegado..." a la certeza... "de que la providencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales contra Gilberto Salazar Carmona está ajustada a derecho".

Pues bien:

¿Incurrió el juzgador de segunda instancia, como lo asevera el demandante, en error manifiesto en la estimación de las pruebas y, de consiguiente, procede invalidar el fallo acusado?

Para responder a la anterior cuestión es necesario que el examen de los elementos de juicio tomados en cuenta para condenar a Gilberto Salazar Carmona se haga partiendo del testimonio de Rubiela Ríos (fs. 61 a 64 del Cd. 1º), mujer ésta que dice haber visto, la noche del 9 de noviembre de 1959, que aquél golpeó con una varilla de hierro, por varias veces, al nombrado Alfonso Uribe Uribe.

Sus palabras son las siguientes:

"... entonces Gilberto y el Policía Taborda nos dijeron a Marina Rivera y a mí: bájense y nos esperan allá arriba; yo le dije a Dumas que se bajara con nosotras; Dumas se bajó y siguió con nosotras hacia una casa de ventanas verdes, y nos sentamos en la acera de esa casa; Dumas se devolvió inmediatamente, pues él no se sentó con nosotras, y se fue con dirección a la bomba, donde estaba Gilberto y el Agente Taborda; al ratico de estar nosotras sentadas en el andén de la casa de ventanas verdes le dije estas palabras a Marina: qué desgracia andar con esta gente, nosotras tánto rato sentadas aquí y ellos sin venir; entonces yo me paré y miré hacia la bomba; Gilberto tenía una varilla de hierro en la mano y con ella le daba al celador o sea 'el guachimán', y el Agente Taborda estaba parado mirando sin movención, cerca a Gilberto; Dumas no estaba cerca de ellos; en vista de lo que vi, yo le dije a Marina: eh, Ave María, Gilberto es muy grosero, mira cómo le está dando a ese señor; yo me refería al 'guachimán', quien era quien recibía los golpes de Gilberto, y entonces convidé a Marina, diciéndole: camine, vamos; ella contestó: qué vamos a hacer por allá; yo le dije: también es cierto. Habíamos acabado de decir esas palabras cuando llegó Gilberto manejando la camioneta...".

Más adelante expresa:

"... se me olvidaba decir que pasando por la zona, yendo los cinco en la camioneta, dijo el Agente Taborda: vamos a la Inspección a poner el denuncio para hacer el levantamiento; eso lo dijeron Gilberto y el negro Taborda... Llegados al frente de la Inspección, donde funciona el Comando de la Policía, como ya dije, salió Taborda de la Inspección y me dijo: bájese 'Loca', y le dijo a Marina que se bajara también y que los esperáramos allí mientras que ellos iban al levantamiento; salió Gilberto, Taborda, Dumas y cuatro Agentes más, pero antes de salir llamó el Agente Taborda a Leonidas por teléfono —Leonidas es el Secretario de la Alcaldía...", diciéndole que "lo necesitaba para un levantamiento a la bomba, y salieron en la camioneta, y nosotras nos quedamos en la Inspección..." hasta las cinco de la mañana, hora ésta en que decidieron irse a su casa.

Al interrogatorio que le fuera hecho por el funcionario de instrucción, dice:

Que "esa varilla era tan larga como el brazo mío (la testigo indica un largo de sesenta centímetros), regular de gruesa, así como ese palo (indica el asta de la bandera, que tiene un diámetro de una pulgada)".

Que "una vez sí vi que Dumas cargaba una varilla de hierro, de las mismas dimensiones de la que usó Gilberto en la madrugada en que le pegaba al celador de la bomba, y la llevaba siempre debajo del cojín de la camioneta, y como unos quince días antes de la muerte del celador, al ver esa varilla le pregunté: Mijo, para qué es esa varilla, y él me contestó: mijita, usted si que es bien animal, no ves que es para desvarar la camioneta".

Que "Dumas me dijo: mijita, por si acaso algún día te llaman a alguna declaración, contad todo desde el principio, y yo le contesté que sí, pero vuelvo y repito que no había declarado porque no me habían citado".

Que sentadas en "la acera de la casa de ventanas verdes..." permaneció, con Marina Rivera, por más de una hora; y que transcurrió cerca de

un cuarto de hora desde el momento en el que vio a Gilberto Salazar Carmona darle golpes a la víctima hasta cuando llegó con la camioneta, para dirigirse, luego, a la Inspección de Policía.

Que vio "que el celador cayó al pie de la bomba que queda al lado de la carrilera", y que "del sitio donde estábamos nosotras no se ve la oficina de la 'Esso'; no se veía sino la camioneta y los surtidores de la gasolina".

Que "a mí solamente Dumas Salazar me dijo, en la mañana después del asesinato del celador, lo que ya dije, o sea: mijita, por algún acaso que se ocurra algún día y la llamen a una declaración, diga todo desde el principio hasta lo último; ni el Agente Taborda ni Gilberto me dijeron a mí nada".

Que "cuando nosotros llegamos a la bomba, de venida de 'El Trébol', estábamos en sano juicio todos; nos habíamos pasmado, y tanto es así, que yo seguí bebiendo con Carmen, y por ahí a las doce del día de esa misma fecha vi al Agente Taborda cuando fue a la cantina del barrio...".

El funcionario de instrucción dejó la siguiente constancia: "Por no estar a la mano la varilla de hierro conocida de autos, se omitió el requisito de ponerla a la vista de la testigo para efectos de su reconocimiento, pero de acuerdo con los datos sobre el largo y diámetro que dio en relación con la misma, no queda duda que se trata de la recogida durante el levantamiento del cadáver".

Lo referido por Rubiela Ríos coincide, en parte, con lo que ocho días antes, el 30 de enero de 1960, informa Marina Rivera, a saber:

"... nosotras nos arrimamos al lado de una casa verde, que queda cerca de la bomba; antes de irnos nosotras, Gilberto y Taborda se bajaron; Gilberto cogió la varilla y dijo que la sacaba porque iba a arreglar el carro; cuando nosotras nos dirigimos hacia la casa verde, Dumas Salazar se quedó dentro de la camioneta, no sé si después se haya bajado; en todo caso, estando yo con 'La Loca', ella me dijo: mira cómo le están pegando al 'guachimán'; pero cuando yo miré, ya no vi al 'guachimán' y sólo observé que rápido se subieron a la camioneta Gilberto Salazar y el Policía Taborda, y ahí mismo la arrancaron y se dirigieron al lugar donde 'La Loca' y yo estábamos...".

No está de acuerdo la Rivera con la Ríos en cuanto a lo dicho por ésta: que ni los Salazar ni el Agente Taborda le pidieran que no contara nada de lo ocurrido, pues, antes bien, expresa que Dumas Salazar le dijo que refiriera todo desde el principio hasta lo último. En efecto, Marina Rivera declara que "los señores de apellido Salazar, que son hermanos y se llaman Gilberto y Dumas, nos dijeron a mi compañera, que llamamos 'La Loca', y a mí que no fuéramos a contar nada, esto en la misma madrugada en que le pegaron al *guachimán* de la bomba 'Esso'...". Más adelante, expresa la Rivera que "por el camino, antes de llegar al Cuartel de la Policía, nos dijeron el Policía Taborda y Gilberto que no fuéramos a contar que ellos se habían bajado en la bomba, y que si preguntaban por 'el guachimán' dijéramos que estaba muerto, en medio de esos dos carros; y cuando el Policía Taborda se bajó en el Cuartel para decir que habían encontrado un muerto en la bomba, volvió y nos repitió Gilberto que si llegábamos a contar que nos daban una muenda; por ese temor fue que 'La Loca' y yo no dijimos nada en la primera declaración".

Tampoco lo están con respecto a la hora en que se retiraron del Cuartel de Policía, pues Marina Rivera dice que ello ocurrió a las nueve de la mañana del día 10 de noviembre de 1959, y Rubiela Ríos, como se dejó anotado, expresa que ambas se fueron a su casa a las cinco de la mañana de esa misma fecha.

No está segura Rubiela Ríos en cuanto al tiempo transcurrido entre el ataque que dice cumplió Gilberto Salazar Carmona contra Alfonso Uribe Uribe y el momento en que fue aquél, en la camioneta, a recogerlas, pues en el relato manifiesta que ello sucedió casi inmediatamente después de aquella agresión, y, en cambio, en las respuestas al interrogatorio del funcionario de instrucción dice que "pasó más o menos un cuarto de hora...".

Sin embargo, de estas contradicciones entre la Ríos y la Rivera, en lo relacionado con la imputación que aquélla hace a Gilberto Salazar Carmona están acordes, pues la primera vio cuando este procesado atacaba a Uribe Uribe, y la segunda dice que escuchó a Rubiela dar noticia de la agresión que estaba observando, con las palabras: "mira cómo le están pegando al 'guachimán'".

Así, pues, el testimonio de Marina Rivera respalda el cargo que surge contra Gilberto Salazar Carmona de la declaración de Rubiela Ríos, en cuanto al delito de homicidio cometido en la persona de Alfonso Uribe Uribe.

De otra parte, tanto las tachas que el demandante formula al testimonio de Marina Rivera, como las que hace con respecto a la declaración de Rubiela Ríos, no son suficientes para que pueda concluírse que el *ad quem*, al darle credibilidad al testimonio de esta última, incurrió en un error ostensible en la apreciación de las pruebas

tomadas en cuenta para condenar a Gilberto Salazar Carmona, error ostensible o manifiesto que es el único que da lugar a que prospere la causal segunda de casación, como lo ha dicho esta Sala en diversos fallos. Se tiene, en efecto:

a) Ni la edad de diez y seis años de estas dos testigos ni su condición de prostitutas permiten afirmar por ello solo, que sus testimonios están reñidos con la verdad.

b) La captura de Rubiela Ríos y su encarcelación previa a su testimonio, así como el interrogatorio a que antes la sometieron dos detectives, quienes le pusieron, además, "en conocimiento de la gravedad en que estaba incurriendo", es cierto que le resta espontaneidad a la declaración de dicha mujer, pero de ello no se infiere, necesariamente, que el testimonio así rendido sea falso, condición esta de la falsedad que es lo único que permite concluír, en tal caso, que el juzgador de segunda instancia incurrió en error manifiesto en la apreciación de las pruebas. La sola sospecha sobre la credibilidad del testimonio no constituye ese yerro protuberante, si el *ad quem* concedió, sin reservas, esa credibilidad.

Al oponerse simplemente el demandante al criterio del *ad quem* en cuanto a la credibilidad que le concede a los testigos de cargo enfrentando su personal opinión, pero sin haber demostrado que el juzgador incurrió en un error manifiesto en la apreciación de las pruebas, no ha comprobado, con ello, los reparos propuestos contra la sentencia con invocación de la causal segunda de casación.

c) De la diligencia de inspección ocular (fs. 266 a 268) no se desprende, con certeza, que la testigo Rubiela Ríos no podía ver, desde el lugar donde se encontraba la noche de los hechos, el ataque a que se refiere, pues esta declarante no concurrió a esa diligencia, y por ello no era posible señalar, de manera exacta, el sitio desde donde ella dijo haber visto a Gilberto Salazar Carmona cuando golpeaba, con una varilla de hierro, al celador Uribe Uribe. Asimismo, los peritos no afirman que fuera imposible que la Ríos hubiera visto lo que expresa que observó, pues anotan sólo que "si alguien se sentara en el andén de esa casa le quedaría imposible ver lo que sucediese en la estación de servicio, a menos que estuviese situado en el final del andén mirando hacia la izquierda, o sea hacia la estación de servicio". Y no podían hacer tal afirmación porque, de una parte, aluden a una persona que estuviese sentada en el andén, no a quien estuviese de pies, como dice Rubiela Ríos que lo estaba cuando observó el ataque, y, de otra, dejan a salvo los peritos la posibilidad de que esa persona estuviese sentada "en el final del andén mirando hacia la izquierda", sitio desde el cual, aun estando una persona sentada, sí podía ver lo que ocurriera en la estación de servicio que la sociedad "Esso" tiene en Chinchiná, donde ocurrieron los hechos.

d) Es cierto, como lo anota el demandante, que Uribe Uribe, además de las heridas contusas, también fue objeto de una lesión causada con arma cortopunzante, como se dice en la diligencia de autopsia. Pero de este hecho no puede deducirse que Rubiela Ríos haya rendido un testimonio falso cuando afirma haber visto a Gilberto Salazar Carmona golpear, con una varilla de hierro, al occiso, pues si esto fue lo único que observó cuando se puso de pies, ello no quiere significar que lo dicho por ella no tuviera ocurrencia, pues bien pudo suceder que antes, alguno de los compañeros de Gilberto, agredió asimismo a Uribe Uribe con arma cortopunzante.

e) No está probado, como lo dice Marina Rivera en su última declaración, que los detectives que intervinieron en este proceso la hubieran intimidado para que rindiera su segunda declaración (fs. 47 a 50 del Cd. 1º), en la cual refiere lo que la testigo Rubiela Ríos dijo estar viendo: "mira cómo le están pegando al 'guachimán' ". De otra parte, no cabe dar crédito a esas supuestas amenazas de las autoridades, pues ni siquiera resulta acreditado el móvil que dé explicación a tan repugnante conducta.

f) No es necesariamente imposible que alguien cometa un delito y que luego acuda a las autoridades para pedir que se averigüe, pues este comportamiento bien puede ser puesto en juego para buscar el agente su impunidad.

Del hecho de que los hermanos Salazar Carmona y el Agente de la Policía, señor Argemiro Taborda, hubieran acudido esa misma noche de los hechos a denunciarlos a las autoridades, para que se iniciara la averiguación penal, no se desprende la inocencia del procesado Gilberto Salazar Carmona.

g) La simple posibilidad de que otras personas distintas del procesado recurrente, esa misma noche, hubieran podido cometer los delitos investigados, no permite concluír que Rubiela Ríos, al señalar a Gilberto Salazar Carmona como autor del ataque a Uribe Uribe, haya declarado un hecho falso.

Ahora bien, la Corte, en varias providencias, ha expresado que con respecto a la estimación de la prueba dentro del recurso de casación, "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 a 846).

Y, de acuerdo con lo antes considerado, se tiene que el *ad quem*, en la sentencia impugnada, no incurrió en ese error manifiesto en la estimación de los elementos de juicio tomados en cuenta para condenar a Gilberto Salazar Carmona por el delito de homicidio cometido en la persona de Alfonso Uribe Uribe. Los cargos propuestos por el demandante, con invocación de la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no resultan probados en cuanto al delito de homicidio de que se ha hecho referencia.

Otra cosa resulta con respecto al delito de robo, pues el Tribunal Superior de Manizales, al deducir responsabilidad contra Gilberto Salazar Carmona por esta otra infracción penal, sí incurrió en un manifiesto error en la estimación de las pruebas traídas al proceso.

En efecto, ni de los testimonios de Marina Rivera y Rubiela Ríos, ni de ningún otro elemento de juicio se desprende que el procesado recurrente hubiera desposeído al celador Uribe Uribe de las cosas que se dice le fueron robadas, a saber: un revólver, un reloj de pulso, una linterna y la suma de cincuenta y un pesos con sesenta y cuatro centavos, bienes estimados por el declarante Nadín Castaño —Administrador de la bomba de gasolina donde trabajaba el occiso, fs. 4 y 4v. del Cd. 1º— en una suma inferior de quinientos pesos.

Además, si se tiene en cuenta, como lo anota el doctor Chaves Echeverri en el acápite E de la demanda, que Gilberto Salazar Carmona es persona económicamente solvente, lo cual ratifican los señores Hernando Duque Arango y Layo Botero Mejía, Gerentes de los Bancos Cafetero y de Bogotá, respectivamente, cabe aceptar la conclusión del señor apoderado de Salazar Carmona, de que su "defendido..., en ningún momento, pudo haberse dejado guiar por un interés económico sobre cosas de tan poco valor para eliminar la vida de un semejante".

Bien pudo ocurrir que otra persona, luego de ser muerto Uribe Uribe, tomara del cadáver de éste los bienes antes relacionados.

Es evidente, pues, que el Tribunal Superior de Manizales incurrió en un manifiesto yerro al considerar responsable a Gilberto Salazar Carmona de ese supuesto delito de robo, con fundamento, solo, en que fue autor del delito de homicidio cometido en Uribe Uribe. Como se dijo ya, no existe en el proceso prueba alguna que permita afirmar que el reo recurrente se apoderara de las cosas que relaciona Nadín Castaño. El móvil de lucro resulta extraño, si se atiende a la holgura económica de los hermanos Salazar Carmona, tanto más cuanto que el exiguo producto del delito, como que no alcanza a la suma de quinientos pesos, obviamente debía ser repartido entre tres personas: las que estuvieron presentes en el lugar de los hechos.

En este particular, los cargos formulados por el demandante a la sentencia recurrida, resultan probados y prospera, con tal alcance, la causal segunda de casación invocada.

CONCLUSIONES:

No prospera la causal segunda prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto en la sentencia impugnada se condena a Gilberto Salazar Carmona por el delito de homicidio cometido en la persona de Alfonso Uribe Uribe.

Resultan, en cambio, probados los cargos hechos al mismo fallo con respecto al delito de robo, del cual también se deduce responsabilidad contra el procesado recurrente.

Corresponde, por tanto, invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, a fin de condenar a Gilberto Salazar Carmona como responsable únicamente del delito de homicidio de que se ha hecho referencia.

Para el señalamiento de la sanción, la Sala toma en cuenta lo anotado por el *ad quem*, a saber: "Gilberto Salazar Carmona infringió con sus hechos el artículo 362 del Código Penal, que trae como pena la de presidio de ocho a catorce años; no es reincidente; pero no puede aplicársele el mínimo de la pena porque cometió los crímenes (sic) en las circunstancias contempladas en el numeral 6º del artículo 37 del Código Penal...". Agrega el juzgador de segunda instancia que "por estas breves razones no se partirá del mínimo de ocho años, sino que se fija como pena base la de diez años de presidio".

Es, pues, la sanción de diez años de presidio la que debe ser indicada al procesado Gilberto Salazar Carmona y no la de doce años, señalada en el fallo recurrido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo

en parte con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, *invalida parcialmente* la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, objeto del recurso, a fin de *condenar,* como en efecto condena, a Gilberto Salazar Carmona a la pena principal de diez (10) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Alfonso Uribe Uribe.

En lo demás rige el fallo acusado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITOS DE HOMICIDIO "(EN SU DOBLE MODALIDAD DE PERFECTO Y FRUSTRADO, AMBOS CON CARACTERISTICAS DE ASESINATO)" Y ROBO "(EN GRADO DE TENTATIVA)"

Diligencia de indagatoria. — La iniciativa social en el descubrimiento del delito. — Violación de las formas propias del juicio. — Defensa material y defensa formal. — Nulidades constitucionales o supralegales. — Causal cuarta de casación penal.

1. La indagatoria es declaración sin juramento, o mejor, es la manifestación voluntaria que hace el sindicado de un delito sobre los hechos que se investigan, sin estar sometido a apremio de ninguna naturaleza. De ahí que tal diligencia no se haya considerado como esencial en el proceso y que el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal diga que ella "no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito de éste".

El legislador es explícito al dar normas para la formación del sumario y para la investigación de los hechos y de sus autores y partícipes. En el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal se faculta al funcionario de instrucción para tomar al procesado "cuantas indagatorias considere convenientes para la averiguación de los hechos", y en el 359 de la misma obra se permite que ante el mismo funcionario de instrucción pueda el procesado declarar "cuantas veces quiera", siempre que ello sea conducente al esclarecimiento de los hechos.

La indagatoria puede, pues, recibirse, cuando lo encuentre necesario el instructor o lo solicite el procesado, pero dentro del período de instrucción. Habrá casos especiales en que sea aconsejable obtener nuevos datos sobre un hecho dado, precisamente del autor del mismo.

De donde se desprende que la no recepción de la ampliación solicitada, con posterioridad a la sentencia condenatoria de primer grado, no llega, en forma alguna, a invalidar lo actuado, ni es uno de aquellos motivos que supriman o dificulten el derecho de defensa.

2. La iniciativa social opera durante el sumario, como que es al Estado a quien corresponde la restitución del derecho, violado por la infracción penal. Pero dentro del juicio, son las partes las que deben apersonarse para explicar la razón de su obrar.

3. Dentro de los drásticos mandatos del Decreto 0012 de 1959, al apoderado del sindicado se dan, no obstante, algunas oportunidades para cumplir la defensa que se le ha encomendado. Primero, al declarar cerrada la investigación se dispone expresamente que el proceso quede en la Secretaría por tres (3) días, para que las partes puedan presentar sus alegatos. Luego, en segunda instancia, se fija un plazo dentro del cual manifiesten si tienen hechos que probar. Y por último, al fijar en lista el negocio, por cinco (5) días, se está indicando una final posibilidad de defensa. Fuera de ello, el apoderado puede intentar los recursos admisibles en este procedimiento.

El procurador judicial del sindicado no aprovechó las facilidades que se le otorgaron para cumplir la defensa que se le había encomendado. Se han violado, de esta suerte, las formas propias del juicio y, por lo mismo, se han desatendido los preceptos de la Constitución Nacional.

El derecho de defensa es facultad conferida al sujeto pasivo de la acción penal y al propio tiempo requisito impuesto por la ley, en guarda de las garantías que la Constitución otorga al ciudadano.

Cuando la Carta (art. 26) dispone que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", está garan-

tizando, ante todo, el derecho del ciudadano a demostrar, dentro del proceso penal, la bondad de su conducta, o mejor, a explicar con toda amplitud, ante el Juez, la razón de su actuación en un determinado caso. Por tanto, todo hecho que suprima de manera absoluta el derecho de defensa se opone a la norma contemplada.

La defensa —se ha repetido— "suele entenderse en dos sentidos, material y formal, ambos operantes y necesarios. Pero es la defensa formal la que se encomienda técnicamente al abogado, por voluntad del acusado o por disposición del Juez, la que no puede omitirse sin quebrantamiento de las formas propias del juicio".

En este caso, debe decirse que el procesado ejerció una defensa de carácter material, ya que en varias oportunidades se presentó a declarar en el juicio, recibió las notificaciones que se le hicieron e interpuso los recursos de apelación, contra la sentencia de primera instancia, y de casación contra el fallo del Tribunal Superior. No existió, en cambio, una defensa formal, que es aquella actuación que sólo puede cumplir quien tenga especiales conocimientos jurídicos y que se realiza "mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal".

No se observó "la plenitud de las formas propias del juicio", y por lo mismo se quebrantó el artículo 26 de la Constitución.

"La Corte al elaborar su doctrina acerca de las nulidades constitucionales o supralegales, en interpretación del artículo 26 de la Carta, ha sostenido de tiempo atrás, sin solución de continuidad, que es nulo el proceso cuando se ha desconocido o es sólo aparente el derecho de defensa del acusado, porque no se trata únicamente de tutelar el interés privado sino, además, de mantener un orden jurídico de interés social o público como es la administración de justicia, y de preservar normas constitucionales imperativas". (Cas. sep. 28/62).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo seis de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 29 de noviembre de 1961, condenó a Miró Solano Varela, Francisco Aristizábal Zuluaga y Luis Alberto López Cardona, a veinticuatro (24) años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsables de los delitos de homicidio "(en su doble modalidad de perfecto y frustrado, ambos con características de asesinato)" y robo "(en grado de tentativa)", confirmando así la proferida por el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, de 24 de enero del mismo año.

Contra la mencionada sentencia recurrieron en casación los procesados. Admitido el recurso, fue sustentado únicamente por el apoderado de Miró Solano Varela.

Es el momento de decidir ya que se tiene, de otra parte, el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y se han cumplido los trámites del caso.

Hechos.

Así los narra el Tribunal Superior de Cali: "El día treinta de abril de 1960 se hallaba el ciudadano israelí David Bensur en la fábrica de helados 'California', de la cual era propietario, acompañado de su esposa y de los paleteros José Orejuela y Carlos Hurtado cuando, de repente, entraron cuatro individuos, revólver en mano y disparando. Tales sujetos pidieron perentoriamente que se les entregara el dinero, ante lo cual tanto Bensur como su esposa les dijeron que tomaran lo que quisieran pero que no los mataran, pese a lo cual los individuos en cuestión siguieron disparando e hirieron a Bensur y a Orejuela, el primero de gravedad (al punto que murió en la mesa de operaciones de la Clínica San Jorge aquella misma noche) y el segundo de alguna consideración, hecho lo cual emprendieron la fuga saliendo precipitadamente del establecimiento y subiendo a un automóvil que venía, a marcha lenta, por el mismo lado de la calle, y al cual abordaron, alejándose velozmente".

Las primeras diligencias investigativas fueron adelantadas por el señor Inspector Segundo de Permanencia de Cali, quien recibió declaraciones sobre los hechos e hizo practicar la diligencia de necropsia del señor Bensur, así como el reconocimiento de las lesiones causadas a Pedro José Orejuela.

Posteriormente, fue nombrado el señor Juez 184 de Instrucción Criminal, quien llevó el sumario hasta su perfeccionamiento.

Fue demostrada, en debida forma, la materialidad de los delitos imputados —homicidio y robo—, y se comprobó igualmente la responsabilidad penal de los procesados Solano Varela, Aristizábal Zuluaga y López Cardona.

Dentro de las previsiones del Decreto número 0012 de 1959, se declaró cerrada la investigación el 6 de octubre de 1960. El 24 de enero de 1961 el Juzgado Segundo Superior de Cali profirió el fallo de primera instancia, en el cual condenó a los recurrentes a veinticuatro (24) años de presidio y sanciones accesorias, sobreseyó temporalmente en favor de Julio César González Rojas y absolvió a Cecilia Caicedo Silva. El Tribunal Superior de la misma ciudad, como se indicó antes, confirmó la sentencia, el 29 de noviembre de 1961.

La demanda.

Actuó como apoderado de Miró Solano Varela, ante la Corte, el doctor Carlos E. Camacho, quien presentó la demanda el 25 de septiembre de 1962. Comprende ella varios capítulos, en esta forma:

El I versa sobre "Los hechos del proceso". Es narración de la ocurrencia, si bien con anotaciones que no corresponden a la realidad procesal. Se dice allí, en efecto, que el señor Bensur, al verse frente a los atacantes, pretendió hacer alguna resistencia y amenazó sacar armas para defenderse, cuando en realidad el occiso y sus acompañantes se vieron imposibilitados, desde el primer instante, para ejecutar el menor movimiento defensivo.

Debe tenerse en cuenta, igualmente, que los asaltantes, cometido el hecho, huyeron llevándose consigo una bolsa que contenía efectos varios y que se encontraba en uno de los cajones del escritorio del señor Bensur, sin tomar, en cambio, los dineros existentes en una caja que había caído al suelo.

El capítulo II se refiere al "Sumario". Trae un recuento de las actuaciones cumplidas en el proceso, primero por el Inspector de Permanencia de Cali, luego por el señor Juez 184 de Instrucción Criminal, y finalmente por el Juzgado Segundo Superior y por el Tribunal, cuya sentencia aparece acusada.

El capítulo III contiene un estudio sobre la causal cuarta de casación. En éste se presentan dos cargos contra el fallo.

Se refiere el capítulo IV a la causal segunda, cuyos fundamentos se examinan.

En el V se invoca la primera causal de casación y se analizan los motivos que la sustentan.

El demandante termina solicitando que se invalide el fallo recurrido y se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto, examina los diversos capítulos de la demanda, y se detiene especialmente en el estudio de la causal cuarta de casación, desde los varios ángulos contemplados por el demandante.

Rechaza el primer cargo, por cuanto la falta de práctica de algunas pruebas solicitadas en tiempo y decretadas por el Tribunal, no genera la nulidad que se invoca. Acepta, en cambio, el segundo, pues la carencia oportuna de defensa del procesado origina una de aquellas nulidades que se han llamado sustanciales o supralegales.

Al admitirlo así, el funcionario reclama la nulidad de lo actuado, a partir del auto que declara cerrada la investigación, y ordena correr traslado del proceso a las partes para que presenten sus alegatos. Y como consecuencia de ello —dice— debe volver el negocio al Juzgado Segundo Superior de Cali, por conducto del honorable Tribunal "a fin de que se reponga el procedimiento conforme a las disposiciones legales pertinentes hoy en día".

Consideraciones de la Corte.

La Corte se atiene en lo referente a los dos primeros capítulos de la demanda a la crítica que de ellos hace el señor Procurador Delegado, y procede al estudio de las causales de casación invocadas, en el orden en que ellas fueron presentadas, advirtiendo, desde luego, que, aceptada la cuarta, se hará innecesario el examen de las demás.

Primera causal que se invoca. Es la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Hay lugar a casación: 4º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

En los siguientes términos aparece planteada esta causal:

"La sentencia recurrida que condenó a Miró Solano Varela a la pena de 24 años de presidio es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad constitucional emanada del quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional, en razón de que al procesado se le quebrantó el derecho de defensa a que tenía derecho conforme a la ley".

Este quebrantamiento del derecho de defensa es examinado en el libelo por dos diferentes aspectos, como pasa a verse:

1º Dice el demandante:

Las partes tuvieron en la segunda instancia un término de cinco días para manifestar si tenían hechos qué probar. Dentro de él el apoderado de Miró Solano pidió la práctica de estas pruebas: a) Una ampliación de indagatoria, y b) Declaraciones de Carlos Rivera y Gustavo Ruiz Castaño, "para que informen a la justicia sobre todo lo que sepan y les conste en relación con los hechos investigados".

El Tribunal, en auto de 30 de junio de 1961, ordenó la práctica de estas pruebas, y para ese efecto comisionó al Juez Trece de Policía Municipal, con un término de quince días.

Las pruebas no fueron practicadas. Se pretendió llevar al despacho del Juez 13 al procesado para recibirle la nueva indagatoria, pero el señor Juez Segundo Superior, a cuyo cargo estaba el preso, no autorizó su salida de la cárcel, "por cuanto este sujeto es de suma peligrosidad y es presumible una fuga, no obstante las medidas que se tomen para su conducción".

Carlos Rivera y Gustavo Ruiz Castaño no declararon. En el memorial en que se solicitó su testimonio no se dio dato alguno que facilitara su citación. No fue conocido su domicilio, menos su residencia. No fueron localizados por el señor defensor del recurrente. Ni asistieron al Juzgado para prestar su colaboración a la justicia, declarando "sobre todo lo que sepan y les conste en relación con los hechos investigados".

Piensa el demandante que estas pruebas habrían tenido influencia notable en el proceso, pues que con ellas la situación jurídica de Miró Solano "hubiera cambiado en sentido favorable y le hubiera servido de fundamento al honorable Tribunal Superior para disminuír en forma apreciable la pena impuesta al procesado".

Y agrega: "esta omisión determina quebrantamiento del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, violación que tiene incidencia en la transgresión del artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra los derechos y garantías procesales de que deberá estar revestido todo juicio penal".

Se contesta:

En verdad, las pruebas de que se habló atrás no fueron practicadas, a pesar de haber sido decretadas por el Tribunal Superior, como sí se cumplieron, al menos en parte, las solicitadas por el apoderado de Julio César González, el chofer que manejó el automóvil en que los delincuentes emprendieron la fuga, una vez cometido el crimen.

La ampliación de la indagatoria no se llevó a término porque, como se dijo atrás, el señor Juez Segundo Superior de Cali negó el permiso para sacar de la cárcel al procesado, y ello en vista de que es sujeto de "suma peligrosidad", lo que hacía pensar que tal solicitud buscaba una sola finalidad: facilitar la fuga. Miró Solano había rendido ya varias indagatorias, es decir, se le había dado oportunidad para expresar hasta sus más íntimos pensamientos en relación con los hechos investigados. De donde se deduce que una nueva declaración sin juramento muy poco agregaría a lo ya expresado por el reo en anteriores ocasiones.

La indagatoria es declaración sin juramento, o mejor, es la manifestación voluntaria que hace el sindicado de un delito sobre los hechos que se investigan, sin estar sometido a apremio de ninguna naturaleza. De ahí que tal diligencia no se haya considerado como esencial en el proceso, y que el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal diga que ella "no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito de éste".

El legislador es explícito al dar normas para la formación del sumario y para la investigación de los hechos y de sus autores y partícipes. En el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal se faculta al funcionario de instrucción para tomar al procesado "cuantas indagatorias considere convenientes para la averiguación de los hechos", y en el 359 de la misma obra se permite que ante el mismo funcionario de instrucción pueda el procesado declarar "cuantas veces quiera", siempre que ello sea conducente al esclarecimiento de los hechos.

La indagatoria puede, pues, recibirse cuando lo encuentre necesario el instructor o lo solicite el procesado, pero dentro del período de instrucción. Habrá casos especiales en que sea aconsejable obtener nuevos datos sobre un hecho dado, precisamente del autor del mismo.

De donde se desprende que la no recepción de la ampliación solicitada, con posterioridad a la sentencia condenatoria de primer grado, no llega, en forma alguna, a invalidar lo actuado, ni es uno de aquellos motivos que supriman o dificulten el derecho de defensa.

En cuanto a las declaraciones de Rivera y Ruiz, podría pensarse que se dieron estos nombres, como hubiera podido señalarse otros. ¿Por qué no se dijo, ciertamente, cuál era su domicilio, cuál el lugar de su residencia, o se daban datos precisos que sirvieran al funcionario co-

misionado para localizarlos. Si su dicho era de interés al reo, ¿por qué no fueron presentados los declarantes en su oportunidad?

Difícil sería, de otra parte, hacer una apreciación sobre la importancia de estas declaraciones. Si se hubiera indicado el tema sobre el cual versarían ellas, se tendría alguna base para afirmar la influencia sobre el proceso, en este o en aquel sentido. Hay tal imprecisión en el interrogatorio, que lícito es juzgar sobre el poco interés que ellas pudieran reportar. ¿Estaban los testigos presentes en el lugar en donde los hechos se desarrollaron? ¿Apreciaron ellos los detalles del asalto cumplido contra el señor Bensur? ¿Sabían de los móviles o de los medios que emplearían los atracadores? ¿Conocían planes, oyeron conversaciones, etc., relacionados con el delito? ¿Cuál, entonces, la razón para que no se hubieran presentado a declarar oportunamente, prestando así su concurso a la investigación y ayudando al poder social en el descubrimiento del delito y de sus autores?

La iniciativa social opera durante el sumario, como que es al Estado a quien corresponde la restitución del derecho, violado por la infracción penal. Pero dentro del juicio, son las partes las que deben apersonarse para explicar la razón de su obrar.

¿Qué fines se proponía la defensa al solicitar pruebas, en la forma en que lo hizo, y al no dar los pasos conducentes a su práctica? "Es muy razonable pensar —dice el señor Procurador— que con esa citación se buscaba demorar el desarrollo del proceso en la segunda instancia para evitarse así el envío del procesado a un establecimiento penal donde su proyectada fuga fuese más difícil, si no imposible".

No se ha suprimido, pues, el derecho de defensa. Tampoco se ha limitado o dificultado. Simplemente, quien pidió la prueba debió interesarse en su práctica.

No tiene fundamento este primer cargo contra la sentencia.

2º Dice el demandante:

"El segundo cargo contra la sentencia recurrida lo hago consistir en el hecho de que en el juzgamiento de Miró Solano Varela no se tuvo en cuenta que el señor apoderado del procesado no ejercitó el ministerio de la defensa en forma acorde con sus inmensas capacidades de penalista, de las cuales ha dado muestras en sus célebres intervenciones en el foro".

"La sentencia recurrida es igualmente violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, en razón de que en el juzgamiento de Miró Solano Varela se quebrantó el derecho de defensa que es un requisito esencial en el juzgamiento de todo procesado".

En efecto, agrega, nombrado el doctor Isaías Hernán Ibarra por Miró Solano como su apoderado, y posesionado del cargo, el 26 de julio de 1960, el distinguido abogado aparece firmando la notificación del auto por medio del cual se declara cerrada la investigación y se deja el expediente en la Secretaría a disposición de las partes, por tres (3) días, para que presenten sus alegatos (fl. 290 v.). Este término pasó sin que el doctor Ibarra hubiera alegado en favor de su representado. Dictada la sentencia condenatoria, fue notificada personalmente a los procesados, quienes interpusieron recurso de apelación contra ella (fl. 317 v.). A las demás partes se notificó por edicto.

Concedida la apelación, el Tribunal Superior de Cali dispuso poner el proceso a disposición de las partes por cinco (5) días "para que manifiesten si tienen hechos que probar" (fl. 356 v.). El doctor Ibarra pidió, en esta oportunidad, la práctica de las pruebas que se mencionaron atrás y que no se practicaron por los motivos conocidos. Dentro del período probatorio se hizo el avalúo de los perjuicios materiales y morales producidos por el delito. Sobre esta pericia nada dijo el apoderado de Miró Solano.

Posteriormente, por auto de 13 de octubre de 1961, el Tribunal ordenó fijar el negocio en lista por cinco días (fl. 397 v.). Dentro de este término no actuó el apoderado, doctor Ibarra. Proferida la sentencia de segundo grado, contra ella interpusieron recurso de casación los condenados. Este fue concedido por auto de 12 de febrero de 1962.

La labor del doctor Ibarra, apoderado de Miró Solano, se redujo, como se ha visto, a recibir algunas notificaciones y a pedir, en la segunda instancia, la práctica de pruebas. No alegó ni ante el señor Juez Superior, ni ante el Tribunal Superior, en los términos que se le otorgaron para ello.

En atención a lo anterior, juzga el demandante que su patrocinado estuvo desprovisto de defensa y que, por ello, la causa se adelantó sin el lleno de las formalidades legales, por lo cual se ha producido una nulidad de carácter supralegal.

Se contesta:

La actuación procesal se cumplió en los términos señalados por el recurrente: fue apoderado de Miró Solano Varela el doctor Isaías Hernán Ibarra. Este tomó posesión del cargo y juró cumplirlo fielmente. Sin embargo, su actuación fue tan escasa —recibir notificaciones y pedir las

pruebas de que se habló ya— que la defensa puede considerarse inexistente.

Dentro de los drásticos mandatos del Decreto 0012 de 1959, al apoderado del sindicado se dan, no obstante, algunas oportunidades para cumplir la defensa que se le ha encomendado. Primero, al declarar cerrada la investigación, se dispone expresamente que el proceso quede en la Secretaría, por tres (3) días, para que las partes puedan presentar sus alegatos. Luego, en segunda instancia, se fija un plazo, dentro del cual manifiesten si tienen hechos que probar. Y por último, al fijar en lista el negocio, por cinco (5) días, se está indicando una final posibilidad de defensa. Fuera de ello, el apoderado puede intentar los recursos admisibles en este procedimiento.

El procurador judicial de Miró Solano no aprovechó las facilidades que se le otorgaron para cumplir la defensa que se le había encomendado. Se han violado, de esta suerte, las formas propias del juicio y, por lo mismo, se han desatendido los preceptos de la Constitución Nacional.

El derecho de defensa es facultad conferida al sujeto pasivo de la acción penal, y al propio tiempo, requisito impuesto por la ley, en guarda de las garantías que la Constitución otorga al ciudadano.

Cuando la Carta (art. 26) dispone que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", está garantizando, ante todo, el derecho del ciudadano a demostrar, dentro del proceso penal, la bondad de su conducta, o mejor, a explicar con toda amplitud, ante el Juez, la razón de su actuación en un determinado caso. Por tanto, todo hecho que suprima de manera absoluta el derecho de defensa se opone a la norma contemplada.

La defensa —se ha repetido— "suele entenderse en dos sentidos, material y formal, ambos operantes y necesarios. Pero es la defensa formal la que se encomienda técnicamente al abogado, por voluntad del acusado o por disposición del Juez, la que no puede omitirse sin quebrantamiento de las formas propias del juicio".

En este caso, debe decirse que el procesado ejerció una defensa de carácter material, ya que en varias oportunidades se presentó a declarar en el juicio, recibió las notificaciones que se le hicieron e interpuso los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia, y de casación contra el fallo del Tribunal Superior. No existió, en cambio, una defensa formal, que es aquella actuación que sólo puede cumplir quien tenga especiales conocimientos jurídicos y que se realiza "mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal".

El doctor Ibarra, como indica el demandante, "no ejercitó el ministerio de la defensa en forma acorde con sus inmensas capacidades de penalista", pero ni siquiera se apersonó en el juicio, en una forma común, para tratar de hacer menos grave la condición de su defendido.

No se observó "la plenitud de las formas propias del juicio", y por lo mismo se quebrantó el artículo 26 de la Constitución.

"La Corte al elaborar su doctrina acerca de las nulidades constitucionales o supralegales, en interpretación del artículo 26 de la Carta, ha sostenido de tiempo atrás, sin solución de continuidad, que es nulo el proceso cuando se ha desconocido o es sólo aparente el derecho de defensa del acusado, porque no se trata únicamente de tutelar el interés privado sino, además, de mantener un orden jurídico de interés social o público como es la administración de justicia, y de preservar normas constitucionales imperativas". (Cas. sep. 28/62).

Está demostrada la causal cuarta de casación invocada. Siendo ello así, no es el caso de estudiar los otros casos contra la sentencia recurrida, ya que ésta será invalidada, por virtud de aquella demostración.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en lo que toca con la condenación de Miró Solano Varela, y, en consecuencia, *ordena* devolver el expediente al Juez Segundo Superior de Cali, para que se reponga el procedimiento a partir del auto de seis (6) de octubre de mil novecientos sesenta (1960), visible al folio 290 vuelto.

Se declara *desierto* el recurso interpuesto por los procesados Francisco Aristizábal Zuluaga y Luis Alberto López Cardona, pues no lo sustentaron.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ESTAFA

Crítica del testimonio.—Complicidad.—Elementos estructurales del delito de estafa.—Lo esencial en la estafa es que el provecho ilícito se obtenga como resultado de la maniobra que llevó al error a quien hizo la entrega.—Sanciones imponibles al estafador.

Dentro del criterio de la actual legislación penal, corresponde a los Jueces apreciar razonadamente la credibilidad de los testigos, "teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio" (art. 224 del C. de P. P.). Se ha abandonado el viejo concepto tarifario de interpretación y se ha otorgado al Juez amplio criterio para medir el justo valor de la prueba, atendiendo, cuando de declaraciones se trata, a la personalidad del declarante y a la credibilidad que a su dicho deba darse, de acuerdo con una sana crítica del mismo.

En los términos anteriores no es dable aceptar en forma absoluta las doctrinas citadas por el demandante, en virtud de las cuales la declaración única carece de valor. Antes bien, un solo testimonio puede enfrentarse victoriosamente a varios y tener fuerza de convicción suficiente para destruír la demostración que éstos quieren ofrecer.

"Por consiguiente —dice el señor Procurador—, llenados los requisitos de forma indicados en las normas procesales (arts. 235, 242 y 245), es preciso, para que prospere el recurso de casación, que el demandante demuestre en forma fehaciente, concreta y precisa que se incurrió en interpretación o apreciación errada de los hechos, por cuanto se presentó uno de los eventos previstos en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"Pretender, como lo intenta el demandante, erigir en causal de casación la apreciación que el Tribunal dio al testimonio del ofendido, es atentar contra la estructura misma del sistema legal-moral consagrado por el Código de Procedimiento, y respetado y acatado por la doctrina y la jurisprudencia".

Efectivamente, no basta tachar un testimonio, por ser único, para poder llegar a la conclusión de que el Tribunal que lo apreció incurrió en grave error, o fue contra la lógica más elemental en su interpretación. Es necesario, en cambio, que se demuestre la existencia del grave error en el concepto que tuvo el Tribunal, cuya sentencia se acusa.

La complicidad se predica cuando el delito es el resultado del esfuerzo combinado de varias personas que se unen para cometerlo. De donde se desprende que para ella se requiere: un hecho prohibido por la ley, como delito; una participación intencional en el hecho delictuoso, y una actividad, material o intelectual, principal o accesoria.

Se ha dicho, por ello, que la coparticipación es un "concurso de acciones voluntarias que participan en diferente grado de eficacia en la realización del delito" y que, por lo mismo, "la responsabilidad estará proporcionada a la diferente cantidad y calidad de participación".

Quienes participan en el delito suelen distribuirse el trabajo necesario para alcanzar el fin perseguido.

Surge así el simple autor intelectual, que es aquel que concibe el delito y participa a otro u otros su idea, para que éstos la realicen; el autor material, que es el que ejecuta los actos consumativos del delito; el coautor, que interviene igualmente con su acción en la consumación delictuosa, sin que pueda decirse que su actividad sea exactamente la consumativa; y los cómplices o cooperadores, que prestan al autor o autores su concurso, anterior, concomitante o posterior a la consumación.

Siguiendo estos principios el legislador colombiano presentó, en los artículos 19, 20 y 385, los varios tipos de coparticipación delictuosa:

Es autor "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal" (art. 11 del C. P.).

Los coautores propiamente son los que toman parte en la ejecución del hecho delictuoso (artículo 19), o sea los que contribuyen, con su acción, a la consumación del mismo.

Son copartícipes necesarios los que prestan "al autor o autores un auxilio o cooperación, sin los cuales no habría podido cometerse" el delito. Finalmente, el que determina a otro a obrar es, por lo general, un autor intelectual, pues que tiene la idea delictuosa y la participa a otro para que la cumpla en el campo objetivo.

En la coparticipación no necesaria (art. 20, C. P.), hay un concurso de acciones voluntarias, encaminadas al fin delictuoso. Pero allí no se presta una ayuda directa, como en el caso del artículo 19, sino indirecta, o como dice la disposición "de cualquier otro modo", no necesario desde luego, o bien prestando ayuda material posterior y cooperación intelectual anterior.

En el artículo 385 se habla ya de la complicidad correlativa, cuyo contenido jurídico no dice relación al caso contemplado.

Los elementos estructurales del delito de estafa aparecen detallados en el artículo 408 del Código Penal, y son los siguientes:

1º La inducción en error con engaños o artificios apropiados;

2º Provecho ilícito que el estafador obtiene con perjuicio del ofendido, y

3º Relación de causalidad entre el engaño y la entrega del bien perseguido.

El error es un conocimiento falso o recortado sobre algo. Es, pues, un estado positivo de la mente.

El estafador suele tener la habilidad suficiente para llevar al estafado, por medio de artificios o engaños, a ese estado positivo, en el cual éste cree tener un conocimiento verdadero sobre un hecho o una situación, cuando en realidad ese conocimiento es falso. De esta suerte, cuando el estafado entrega la cosa, lo hace con consentimiento, con voluntad de desprenderse de ella, pero con una voluntad determinada por las maquinaciones, por la mise en scéne empleada por el delincuente. En esta forma el error vicia el consentimiento. Es así como el delito de estafa atraviesa varias etapas, desde que se tiene la idea delictuosa, fija en la mente, hasta que se logra la entrega del bien apetecido. En ellas se va cumpliendo una serie de maniobras en las que pueden intervenir una o varias personas.

La creación del engaño, determinante de la entrega, en el caso del sujeto múltiple, responde a acciones distintas, tendientes todas a la consumación del delito. Y quienes las realizan son, ciertamente, quienes toman parte en la ejecución del hecho, aunque no cumplan los actos de verdadera consumación del mismo.

La estafa implica, en segundo término, la obtención de un provecho ilícito en perjuicio del ofendido. Es claro que entre la entrega del objeto perseguido y los medios empleados para conseguirlo debe existir relación de causalidad, con lo cual se encontrarían reunidos los tres elementos tipificadores del delito.

El provecho ilícito que se alcanza con la estafa, bien puede favorecer al que logró, por medios engañosos, la entrega de la cosa o a un tercero. Lo esencial es que ese provecho se obtenga como resultado de la maniobra que llevó al error a quien hizo la entrega.

Dice el artículo 36 del Código Penal que "dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente".

El artículo 408 de la misma obra fija una sanción de uno a siete años de prisión y multa de diez a dos mil pesos para quien cometa el delito de estafa. El mínimo de la pena privativa de la libertad fue elevado al doble por el artículo 1º del Decreto 2185 de 1961.

El fallador, por consiguiente, debía individualizar la pena, señalando "dentro de los límites" establecidos por la ley, la correspondiente al procesado, con miras a lograr los fines que con ella se persiguen, la defensa social, la adaptación del delincuente, etc. Era, pues, necesario que se atendiera a las disposiciones citadas y además a los artículos 37, 38 y 39 del estatuto penal.

La Corte en sentencia de 12 de septiembre de 1950, visible a la página 1957 del Tomo LXVIII, interpretó el último de los preceptos citados.

El Tribunal al aplicar la sanción tenía la facultad de apreciación otorgada por el artículo 36. Se aceptó la circunstancia de menor peligrosidad del numeral 1º del artículo 38, "pero habida consideración de los restantes elementos de ponderación que ordena el artículo 36 del Código Penal y la cuantía del ilícito, que casi rebasa el límite que ordena un aumento de otro tanto, al tenor del artículo 410, ibídem, considera la Sala que la sanción decretada es equitativa y legal...".

No fue, pues, caprichosa la aplicación de la ley penal, como no lo fue tampoco su interpretación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

El Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia de 15 de junio de 1962, confirmó en todas sus partes la dictada por el Juzgado Superior de esa ciudad, mediante la cual condenó a tres años de prisión y sanciones accesorias consiguientes a José Gómez o José María García González y a Arturo Reyes o Carlos Gómez, por el delito de estafa en perjuicio de Evaristo Silva Albarracín.

Contra la sentencia de segunda instancia recurrió en casación el procesado José Gómez o José María García C. Concedido el recurso y admitido en la Corte, fue sustentado por el doctor Carlos E. Camacho, en demanda de 1º de diciembre de 1962.

Se ha obtenido igualmente el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Es el momento de decidir y a ello se procede.

Los hechos.

José Gómez o José María García González (a. "El Negro Pepe") tenía algunas relaciones con el ofendido, Evaristo Silva Albarracín. Este había comprado a aquél algunos radios transistores. En enero de 1961 García y Silva se encontraron en Bucaramanga. El primero propuso al segundo un negocio lucrativo, así:

Existía en Venezuela una compañía o sociedad que se dedicaba a negocios relacionados con la compra y venta de café y de ganados, interesada en vincular a alguna persona. Silva podría formar parte de aquel negocio, siempre que aportara a él una suma de diez mil pesos ($ 10.000.00). Hecho el aporte, obtendría inmediatamente la entrega de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) moneda legal, que invertiría en operaciones comerciales.

El negocio fue hallado satisfactorio por Silva, a quien García presentó uno de los socios de la mencionada compañía, llamado Arturo Reyes o Carlos Gómez. Este explicó, con todo detalle, la negociación que se pretendía.

Silva obtuvo el dinero necesario para la operación y se dispuso a celebrarla. Para ello, García y Silva se trasladaron a Pamplona, en donde los esperaba Arturo Reyes. Allí Reyes y García mostraron a sus víctimas la forma en que le serían entregados los cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). Le enseñaron, en efecto, una caja que contenía tarros de polvo talco. Cada uno de éstos, en el fondo, llevaba billetes por valor de mil pesos ($ 1.000.00), y en la cantidad atrás indicada.

Halagado por la realidad del negocio, Silva se dispuso a suministrar la suma convenida. Como los diez mil pesos estaban en cheques, los estafadores le exigieron que los cobrara y les diera dinero. Fue así como Silva hizo el cambio y pagó la cantidad indicada. Recibió en el acto la caja que contenía los tarros de polvo y el dinero convenido, y fue inmediatamente, acompañado de García o Gómez a la flota "Copetrán", en donde la remesó a Bucaramanga.

José María García y Evaristo Silva siguieron también a Bucaramanga. En esta ciudad fue reclamado el paquete. Al abrirlo se estableció que contenía papas y polvo talco regado en él.

García o Gómez desapareció, pero fue posteriormente capturado en Barrancabermeja. Reyes no ha sido encontrado.

La investigación fue adelantada por las autoridades de Policía de Santander, a raíz del denuncio presentado por el ofendido. Siguiendo el procedimiento del Decreto 0014 de 1955, se ordenó la detención de los sindicados y se abrió a prueba el proceso respectivo. Y después de algunos incidentes de procedimiento, que no es el caso de repetir aquí, el señor Juez Superior de Pamplona dictó sentencia condenatoria el 12 de mayo de 1962, la que fue confirmada por el Tribunal de la misma ciudad el 15 de junio de ese año.

La demanda.

El apoderado de Jesús María García González, en su demanda, narra "los hechos", e indica la forma en que se adelantó "la investigación" y se dictaron las sentencias de primero y de segundo grado.

Señala luego las causales de casación que invoca, así:

1ª La contenida en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Con base en ésta hace dos cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona: a) No hay prueba para condenar a García González como coautor del delito de estafa en perjuicio de Silva Albarracín, y b) No están demostrados "los elementos tipificadores de la coautoría" de García González.

2ª La señalada en el numeral 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues considera que la sentencia es "violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma". En éste cita las disposiciones que juzga fueron violadas.

Posteriormente se indicarán los fundamentos de esta demanda.

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto, después de hacer un recuento de los hechos que dieron origen a esta investigación, y un análisis minucioso de los cargos que se han esgrimido contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, para rebatirlos, termina solicitando que se desechen las causales de casación invocadas y se conserve el fallo en todo su valor.

La Corte tomará, en su oportunidad, algunos de los razonamientos que el distinguido funcionario ha presentado, pues los encuentra perfectamente acomodados al proceso y a la interpretación de las normas, como se verá luego.

Consideraciones de la Corte.

Se ha dicho antes que son dos las causales de casación invocadas por la demanda, para reclamar la invalidación del fallo que condena a José María García González a tres años de prisión, por el delito de estafa: la segunda y la primera de las contempladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, aquélla como principal y ésta como subsidiaria. En el mismo orden serán examinadas.

Causal segunda. Aparece planteada en los siguientes términos:

Primer cargo. "No existe dentro del proceso la prueba exigida por la ley procesal penal para condenar al procesado José María García González como coautor del delito de estafa en los bienes de propiedad del señor Evaristo Silva Albarracín", ya que su intervención en el negocio "está reducida al hecho de haberle presentado a un señor que se decía socio o representante de una sociedad comercial que tenía el asiento de sus negocios en la ciudad de Caracas (Venezuela), y en haberle presentado a uno de los mentados socios, quienes le exigieron al señor Evaristo Silva Albarracín la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) para hacerlo socio de dicha compañía, la cual le suministraría la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) para la compra de café y ganado. Esta intervención tiene completo respaldo procesal en el caso de autos, por cuanto que está comprobada por la afirmación del denunciante mismo, por las afirmaciones hechas por el propio procesado en la pieza procesal de su injurada, la que tiene el valor que la ley procesal le asigna en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal. El propio denunciante sostiene que él personalmente contó la suma de un mil pesos en cada tarro de talco...".

"... Por manera que la prueba de cargo contra el procesado la sacó el Tribunal Superior solamente de las afirmaciones del denunciante, dándole a su dicho el valor de plena prueba para condenarlo.

"Las afirmaciones de un denunciante jamás pueden ser tomadas o valoradas por el sentenciador como único medio probatorio para fundar una sentencia condenatoria en contra de un procesado. Esas afirmaciones tienen que estar respaldadas por otros medios de prueba que lleven a la mente del juzgador la íntima convicción de que el procesado es penalmente responsable del delito que se le imputa".

Y termina su razonamiento:

"... tenemos que la prueba recaudada en el presente informativo la constituye el dicho del denunciante, que está huérfano de todo otro respaldo probatorio. En tal virtud, la prueba exigida por la ley procesal penal en su artículo 203 no tiene existencia procesal dentro del presente negocio. Las afirmaciones del denunciante, señor Silva Albarracín, se les atribuyó (sic) un valor probatorio que no tienen, razón por la cual el honorable Tribunal sentenciador le dio errada interpretación de los hechos relatados por el propio denunciador sobre la estafa que dizque fue víctima (sic) por parte del sujeto Arturo Reyes, con lo cual se pretendió responsabilizar en igual grado al señor José María García González, mi defendido en este proceso".

Se responde:

1º El demandante acepta que Evaristo Silva Albarracín ha sido víctima de una estafa. Rechaza, en cambio, la participación de García González en el delito. Como lo anota el señor Procurador, "toda discusión en torno a la estructuración del cuerpo del delito y a la responsabilidad de Antonio Reyes (sic) o Carlos Gómez", queda descartada. Y, por consiguiente, trátase de saber si en verdad el procesado tomó parte en la comisión del hecho criminoso, o si fue ajeno a él.

2º La declaración de Evaristo Silva Albarracín no es la única prueba analizada por el Tribunal, en la sentencia recurrida, ni es el único elemento de convicción que demuestre la responsabilidad penal del recurrente.

Concurren otros hechos, en apoyo de aquel testimonio, y como prueba de la participación de García González (a. "El Negro Pepe") en la estafa de que fue víctima Silva Albarracín.

Son ellos:

a) García González estuvo en Pamplona, en la fecha en que se consumó el delito y, en todo momento, acompañó al ofendido;

b) Arturo Reyes, el supuesto socio de la firma venezolana, compartió su alojamiento en esta ciudad con García y Silva;

c) La administradora del Hotel Santander tiene "idea de haber visto a José María García González" en su establecimiento, aunque no lo recuerda exactamente, quizás por el movimiento permanente de pasajeros y la breve permanencia de aquel sujeto allí;

d) El ofendido, en rueda de presos, reconoció al procesado como la persona que intervino en los varios movimientos que se realizaron para hacerlo víctima del delito de estafa;

e) García González conocía, con anterioridad a los hechos, a Silva Albarracín y había tenido con él algunos negocios; en su compañía viajó a Pamplona el 31 de enero de 1961; pernoctó con él en la misma pieza ocupada por Arturo Reyes; y el 1º de febrero fue con el denunciante a la empresa de transportes "Copetrán" a remesar "una talega" que, al parecer, contenía una caja cuadrada;

f) García González y Silva Albarracín salieron de Pamplona, con destino a Bucaramanga, el mismo día 1º de febrero. Silva pagó los gastos de hotel y los pasajes de regreso.

g) Al llegar a su destino, García González desapareció. Días después fue capturado en Barranca (S.).

Los hechos anteriores fueron apreciados por el Tribunal, en su justo valor. Y ellos dieron base suficiente al apoderado del demandante, para señalar, en la historia del proceso, las actividades cumplidas por García González, en los distintos momentos del delito, acciones que llevan a concluír que el recurrente sabía, de antemano, cuáles eran las intenciones de Reyes, el fingido socio de la firma comercial venezolana, cuando exigía a Silva la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) para vincularlo a jugosas empresas comerciales.

La interpretación que se dio por el Tribunal a la declaración de Silva Albarracín, al testimonio de García González y a las otras pruebas traídas al debate, de las cuales surgen los hechos anteriores, es lógica y se acomoda, por lo mismo, al natural suceder de los hechos de que se trata.

Dentro del criterio de la actual legislación penal, corresponde a los Jueces apreciar razonadamente la credibilidad de los testigos, "teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio" (art. 224 del C. de P. P.). Se ha abandonado el viejo concepto tarifario de interpretación y se ha otorgado al Juez amplio criterio para medir el justo valor de la prueba, atendiendo, cuando de declaraciones se trata, a la personalidad del declarante y a la credibilidad que a su dicho deba darse, de acuerdo con una sana crítica del mismo.

En los términos anteriores no es dable aceptar, en forma absoluta, las doctrinas citadas por el demandante, en virtud de las cuales la declaración única carece de valor. Antes bien, un solo testimonio puede enfrentarse victoriosamente a varios y tener fuerza de convicción suficiente para destruír la demostración que éstos quieran ofrecer.

"Por consiguiente —dice el señor Procurador—, llenados los requisitos de forma indicados en las normas procesales (arts. 235, 242 y 245), es preciso, para que prospere el recurso de casación, que el demandante demuestre en forma fehaciente, concreta y precisa, que se incurrió en interpretación o apreciación errada de los hechos, por cuanto se presentó uno de los eventos previstos en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"Pretender, como lo intenta el demandante, erigir en causal de casación la apreciación que el Tribunal dio al testimonio del ofendido, es atentar contra la estructura misma del sistema legal-moral consagrado por el Código de Procedimiento, y respetado y acatado por la doctrina y la jurisprudencia".

Efectivamente, no basta tachar un testimonio, por ser único, para poder llegar a la conclusión de que el Tribunal que lo apreció incurrió en grave error, o fue contra la lógica más elemental en su interpretación. Es necesario, en cambio, que se demuestre la existencia del grave error en el concepto que tuvo el Tribunal, cuya sentencia se acusa. Y como el recurrente no lo hizo así, este primer cargo será desechado.

Segundo Cargo. "No existen dentro del proceso los elementos tipificadores de la coautoría, calificante con la cual fue catalogada la responsabilidad penal del procesado García González. Por tal motivo, la norma prevista en el artículo

19 del Código de las Penas no tiene operancia legal en el caso de autos''.

Y agrega el demandante:

''No está probado en el caso de García González que éste haya ejecutado los actos tendientes a la consumación del delito investigado, o le haya prestado al procesado Reyes un auxilio o cooperación, sin los cuales el delito 'no habría podido cometerse'. El mismo denunciante dice que 'cuando ya a las diez y media del día miércoles el banco nos hizo efectivo la cantidad de diez mil pesos, yo fui y los entregué a Arturo Reyes, porque José Gómez era el payaso...'.

''El calificativo de 'payaso' que le da el denunciante a García González, significa que se le coloca de pretexto para llevar a cabo una acción, pero sin que esa efectividad signifique algo indispensable e imprescindible para llevar a cabo la acción criminosa. El artículo 20 del Código Penal exige para que se configuren los elementos tipificadores del delito en el grado de coautor que haya unidad de intención entre los actos ejecutados por el procesado. En ausencia de éstos, no podrá sostenerse en el campo de la lógica jurídica que José María García González es responsable del delito de estafa que se juzga en el presente negocio, porque en materia penal la responsabilidad de los autores de un hecho delictuoso es individual, si se tiene en cuenta que la persona que cobró los cheques fue Evaristo Silva Albarracín para entregarle el dinero a José Gómez o Arturo Reyes, quien es una misma persona que sí tiene existencia física como está abundantemente demostrado a través del contenido procesal''.

''Los actos ejecutados por García González —continúa el demandante— no traspasaron los límites de la simple intención de relacionar a Silva Albarracín con Arturo Reyes, y ellos no son suficientes para admitir la coautoría. Esto lo afirmo aceptando en gracia de discusión que sí estuvo presenciando los actos preparatorios y concomitantes del delito de estafa que se juzga en el presente negocio, pero ellos no tienen la virtualidad suficiente para configurar en su contra los elementos tipificadores del delito de estafa en el grado de coautoría, con arreglo a los artículos 19 y 408 del Código Penal. Precisamente en el delito de estafa es necesario acreditar que el sujeto activo del delito obtuvo un provecho ilícito de su actividad criminosa. ¿En el caso de autos está probado con plena prueba que José María García González derivó algún provecho de los diez mil pesos que Evaristo Silva Albarracín le entregó a Arturo Reyes? Si nos atenemos a las constancias procesales, obtendremos una respuesta negativa. No habiendo obtenido el procesado ninguna utilidad de los diez mil pesos es imposible imputarle el delito de estafa con arreglo al artículo 408 del Código Penal, donde precisamente constituye elemento constitutivo del delito de estafa el provecho ilícito que recibe el delincuente como producto de su actividad criminosa. En ausencia de este provecho ilícito no hay delito de estafa, y esa actitud criminosa puede salirse de la órbita del delito para quedar en el grado de la tentativa, o salirse de los ámbitos penales.

''En la sentencia recurrida 'no se tomó en cuenta' el hecho de que el procesado García González no obtuvo provecho alguno de la actividad criminosa ejecutada por Arturo Reyes, 'a pesar de que este hecho está debidamente acreditado dentro del proceso', y con esa errónea interpretación de los elementos probatorios aportados a los autos, el Tribunal sentenciador fundamentó la sentencia condenatoria contra el procesado García González, y le impuso una condena de tres años de prisión, violando en forma clara y ostensible el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal que consagra el principio de derecho universal *'in dubio pro reo'* ''.

Se responde:

La complicidad se predica cuando el delito es el resultado del esfuerzo combinado de varias personas que se unen para cometerlo. De donde se desprende que para ella se requiere: un hecho prohibido por la ley, como delito; una participación intencional en el hecho delictuoso; y una actividad, material o intelectual, principal o accesoria.

Se ha dicho, por ello, que la coparticipación es un ''concurso de acciones voluntarias que participan en diferente grado de eficacia en la realización del delito'', y que, por lo mismo, ''la responsabilidad estará proporcionada a la diferente cantidad y calidad de participación''.

Quienes participan en el delito suelen distribuírse el trabajo necesario para alcanzar el fin perseguido.

Surge así el simple autor intelectual, que es aquel que concibe el delito y participa a otro u otros su idea, para que éstos la realicen; el autor material, que es el que ejecuta los actos consumativos del delito; el coautor, que interviene igualmente con su acción en la consumación delictuosa, sin que pueda decirse que su actividad sea exactamente la consumativa; y los cómplices o cooperadores, que prestan al autor o autores su concurso, anterior, concomitante o posterior a la consumación.

Siguiendo estos principios, el legislador colombiano presentó, en los artículos 19, 20 y 385, los varios tipos de coparticipación delictiva:

Es autor "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal" (art. 11 del C. P.).

Los coautores propiamente son los que toman parte en la ejecución del hecho delictuoso (artículo 19), o sea los que contribuyen, con su acción, a la consumación del mismo.

Son copartícipes necesarios los que prestan "al autor o autores un auxilio o cooperación, sin los cuales no habría podido cometerse" el delito. Finalmente, el que determina a otro a obrar, es, por lo general, un autor intelectual, pues que tiene la idea delictuosa y la participa a otro para que la cumpla en el campo objetivo.

En la coparticipación no necesaria (art. 20, C. P.) hay un concurso de acciones voluntarias, encaminadas al fin delictuoso. Pero allí no se presta una ayuda directa, como en el caso del artículo 19, sino indirecta, o como dice la disposición "de cualquier otro modo", no necesario desde luego, o bien prestando ayuda material posterior y cooperación intelectual anterior.

En el artículo 385 se habla ya de la complicidad correlativa, cuyo contenido jurídico no dice relación al caso contemplado.

¿Cuál fue, realmente, la actividad de José María García González en el hecho de que se trata?

El señor Procurador la sitúa en el caso de una coparticipación necesaria, "puesto que su actividad delictiva se limitó únicamente al desarrollo de funciones de auxilio y cooperación con el directo autor material del reato, sin las cuales la infracción no hubiera podido cometerse".

Pero pudiera pensarse que García González no sólo prestó su necesaria coparticipación, sino que tomó parte en la ejecución del hecho delictuoso, por los motivos que pasan a exponerse.

Los elementos estructurales del delito de estafa aparecen detallados en el artículo 408 del Código Penal, y son los siguientes:

1º La inducción en error con engaños o artificios apropiados;

2º Provecho ilícito que el estafador obtiene con perjuicio del ofendido, y

3º Relación de causalidad entre el engaño y la entrega del bien perseguido.

El error es un conocimiento falso o recortado sobre algo. Es, pues, un estado positivo de la mente.

El estafador suele tener la habilidad suficiente para llevar al estafado, por medio de artificios o engaños, a ese estado positivo, en el cual éste cree tener un conocimiento verdadero sobre un hecho o una situación, cuando en realidad ese conocimiento es falso. De esta suerte, cuando el estafado entrega la cosa, lo hace con consentimiento, con voluntad de desprenderse de ella, pero con una voluntad determinada por las maquinaciones, por la *mise en scéne* empleada por el delincuente. En esta forma el error vicia el consentimiento. Es así como el delito de estafa atraviesa varias etapas, desde que se tiene la idea delictuosa, fija en la mente, hasta que se logra la entrega del bien apetecido. En ellas se va cumpliendo una serie de maniobras en las que pueden intervenir una o varias personas.

La creación del engaño, determinante de la entrega, en el caso del sujeto múltiple, responde a acciones distintas, tendientes todas a la consumación del delito. Y quienes las realizan son, ciertamente, quienes toman parte en la ejecución del hecho, aunque no cumplan los actos de verdadera consumación del mismo.

García González actuó en atención al fin propuesto: obtener un provecho ilícito mediante los artificios o engaños que llevaron al error a Silva Albarracín. Conocía a éste, sabía de su espíritu inclinado al negocio, y lo condujo ante Arturo Reyes o José Gómez, el supuesto socio de "Industrias de Alto Comercio". Lo acompañó a Pamplona, estuvo con él en todo lugar, hasta conseguir que entregara su dinero a cambio de la caja que contenía objetos de escasa utilidad. Y luego desapareció no sin antes ayudar al ofendido a despachar la encomienda para Bucaramanga, su residencia.

Bastaría leer la relación de hechos, que presenta el apoderado del recurrente, para conocer las actividades de García González, todas concurrentes a despojar a Silva de la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), para llegar al convencimiento de que aquél ejecutaba acciones que tendían a la consumación del hecho. "El directo autor de la estafa que le hicieron al señor Silva Albarracín fue Arturo Reyes, sobre el cual suministra el denunciante datos exactos...", enseña la demanda. Con lo cual no se descarta, ni mucho menos, la participación en el delito de García González.

La estafa implica, en segundo término, la obtención de un provecho ilícito en perjuicio del ofendido. Es claro que entre la entrega del objeto perseguido y los medios empleados para conseguirlo debe existir relación de causalidad, con lo cual se encontrarían reunidos los tres elementos tipificadores del delito.

Hace hincapié el demandante en la inexistencia, en el caso de García González, del provecho ilícito. Sin embargo, se ha reconocido que Silva Albarracín fue estafado en la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00). Luego el provecho ilícito

existió realmente. El estafador tuvo un enriquecimiento proporcional al empobrecimiento del estafado.

El provecho ilícito que se alcanza con la estafa bien puede favorecer al que logró, por medios engañosos, la entrega de la cosa o a un tercero. Lo esencial es que ese provecho se obtenga como resultado de la maniobra que llevó al error a quien hizo la entrega. Bien pudo García González no derivar para sí un beneficio o una parte de los diez mil pesos ($ 10.000.00), por cualquier circunstancia, y, sin embargo, no podrá decirse que Silva no fue empobrecido con el enriquecimiento de quien le quitó una buena suma, por medio de artificios, o con la colaboración de García González.

"Considera, pues, este Despacho —dice la Procuraduría— que establecida como se halla en autos la lesión patrimonial infligida a Evaristo Silva Albarracín, hubo, imprescindiblemente, un aprovechamiento ilícito correlativo por parte de quienes actuaron como agentes de la infracción, aprovechamiento o beneficio cuya prueba va íncita en la demostración misma de la lesión producida. Por lo tanto, el cargo no puede prosperar.

"Establecida y consagrada la soberanía del juzgador para la apreciación subjetiva del poder convictivo de la prueba testifical, y visto que, en el caso *sub judice,* el *ad quem,* haciendo uso de esa facultad legal, dio plena fe al dicho del ofendido, apoyándose en el indicio grave que constituyó la desaparición del procesado, y desechando los débiles y deleznables argumentos del acusado, es apenas lógico que el planteamiento basado en el principio del *in dubio pro reo* no puede salir avante, dado que el mismo artículo invocado, el 204 del Código de Procedimiento Penal, consagra ese principio, pero sólo sobre el supuesto de que la duda que se plantea no haya podido ser eliminada; circunstancia procesal que, según lo expuesto, no se ha presentado en el caso *sub lite*".

Como se ve, no tiene valor el segundo cargo que se hace a la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona. Por lo cual será también desechado.

Causal primera. Se afirma que la sentencia es violatoria de la ley penal "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Este cargo se sustenta así:

"El honorable Tribunal sentenciador aplicó indebidamente el artículo 408 del Código Penal, en armonía con el Decreto 2184 de 1951, al imponerle al procesado una pena privativa de la libertad de tres años de prisión por el delito imputado, sin haber tenido en cuenta a favor del mismo procesado la completa ausencia de antecedentes judiciales y la buena conducta anterior".

Y se agrega, como demostración:

"El Tribunal sentenciador aplicó indebidamente el artículo 408 del Código de las Penas, en armonía con el artículo 1º del Decreto 2184 del 19 de octubre de 1951, por cuanto que sin ningún fundamento legal para ello, se salió del límite señalado por la ley, y le aplicó la pena de tres años de presidio al procesado José María García González, sin tener en cuenta en la dosificación de la sanción los buenos antecedentes de todo orden que militan a favor de García González".

"... Considero que el Tribunal sentenciador aplicó indebidamente la ley penal sustantiva, en sus artículos 36, 37, 38, 39 y 408 del Código Penal, al imponer al procesado García González una pena de tres años de prisión por el delito de estafa, cuyo mínimo, al cual tiene derecho, hubiera sido el de dos años de prisión, teniendo en cuenta que la ley penal sustantiva se aplica en sentido restrictivo, con el fin de evitar que un procesado sea sancionado con rigor desproporcionado a su culpabilidad".

Se responde:

Dice el artículo 36 del Código Penal que "dentro de los límites señalados por la ley se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente".

El artículo 408 de la misma obra fija una sanción de uno a siete años de prisión y multa de diez a dos mil pesos para quien cometa el delito de estafa. El mínimo de la pena privativa de la libertad fue elevado al doble por el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951.

El fallador, por consiguiente, debía individualizar la pena, señalando "dentro de los límites" establecidos por la ley la correspondiente al procesado, con miras a lograr los fines que con ella se persiguen, la defensa social, la adaptación del delincuente, etc. Era, pues, necesario que se atendiera a las disposiciones citadas y además a los artículos 37, 38 y 39 del estatuto penal.

En los siguientes términos la Corte ha interpretado el último de los preceptos citados:

"Dicho de otro modo, los términos del artículo 39 no quieren significar que cuando haya varias circunstancias de mayor peligrosidad y

ninguna de menor, el Juez tenga que aplicar el máximo, así como si no hay ninguna de mayor peligrosidad y sí una o varias de menor tenga que aplicar el mínimo. El Juez tiene arbitrio o facultad de señalar la cuantía de las penas, justipreciando, según su prudente criterio, las dichas circunstancias (podrá, dice el Código), pero sin olvidar los demás factores que indica la norma general para el señalamiento de las penas, que es el artículo 36 del Código, esto es, la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente''. (Sentencia de 12 de septiembre de 1950, LXVIII, pág. 1957).

Es claro, por lo dicho, que el Tribunal, al aplicar la sanción, tenía la facultad de apreciación otorgada por el artículo 36. Se aceptó la circunstancia de menor peligrosidad del numeral 1º del artículo 38, ''pero habida consideración de los restantes elementos de ponderación que ordena el artículo 36 del Código Penal y la cuantía del ilícito, que casi rebasa el límite que ordena un aumento de otro tanto, al tenor del artículo 410, ibídem, considera la Sala que la sanción decretada es equitativa y legal...''.

No fue, pues, caprichosa la aplicación de la ley penal, como no lo fue tampoco su interpretación. Tanto por este aspecto como por aquél, las normas fueron correctamente obedecidas por el *ad quem*.

No está, en consecuencia, demostrada la causal primera de casación, la que, de otra parte, fue presentada como subsidiaria de la segunda, desechada anteriormente.

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, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

INVOCACION DE NULIDAD PROCESAL POR SUPUESTA INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Amnistiado por el Gobierno Nacional, cuya resolución que ordenaba la suspensión del proceso no fue comunicada a los funcionarios del conocimiento oportunamente.

Obró bien el ad quem al no declarar como existente la nulidad de lo actuado, por razón de que no le correspondía al Tribunal reconocer la existencia de un quebrantamiento de la ley procedimental que no fue alegado en su oportunidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

El Tribunal Superior de Neiva condenó, por sentencia de 3 de julio de 1962, a Marco Tulio Díaz Benítez, por el delito de homicidio, a la pena de ocho (8) años de presidio y sanciones accesorias de rigor. Al mismo tiempo, impuso a Justo Pastor Useche y a Antonio Bustos E. cuatro (4) años de arresto por encubrimiento.

Contra el referido fallo recurrieron en casación los defensores de los procesados. Se ha sustanciado el recurso en debida forma. El apoderado de Díaz B. presentó demanda, oportunamente. No así los otros recurrentes. Con relación a ellos deberá declararse desierto.

Relación de hechos.

Los hechos son así, según narración del Tribunal:

Ante el Corregidor de la Arcadia, en el Municipio de Algeciras (H.), Rafael Hernández denunció, el 6 de febrero de 1958, la desaparición de Miguel Antonio Díaz.

Se adelantó la investigación y se obtuvo lo siguiente:

"... el día siguiente al de la denuncia se trasladó el Corregidor a la Arcadia en compañía de Baldomero Zambrano y Luis Sánchez, a la finca denominada 'Jerusalén', en la vereda de 'El Toro', y encontraron, tapado con arena, el cadáver de Miguel Antonio Díaz, pues en la misma diligencia fue identificado por el denunciante...".

"... Los primeros en confesar los hechos fueron Antonio Bustos Esquivel y Justo Pastor Useche. Marco Tulio Díaz los negó al principio pero después, en el careo con Bustos, los confesó igualmente. De lo dicho por ellos y de lo expuesto por Mario Guzmán se evidencian los antecedentes inmediatos del crimen y la manera como se realizó".

"... Un día, seguramente del mes de diciembre de 1957, los señores Hermenegildo y Flaminio Cuéllar informaron a Justo Pastor, por conducto de Hernando Loaiza, que a donde ellos había llegado un individuo posiblemente compañero de los antisociales. Con el fin de capturarlo se dirigieron los ya citados Díaz Benítez, Pastor Useche y Bustos Esquivel a la casa de los Cuéllar. Bustos se adelantó para obtener informes allí, y precisamente cuando hablaba con Hermenegildo y Flaminio salió la persona que buscaban, y se dirigió al sitio en donde con otras se hallaba trabajando ese día. Como no le era posible capturarla en ese momento —dice Bustos— le preguntó a Fernando Loaiza, que era el patrón de aquella persona, cómo les sería más fácil aprehenderla, y aquél les aconsejó que la esperaran a orillas del camino, pues él la enviaría

luego a llevar el almuerzo a los trabajadores. Tal insinuación se la comunicó Bustos a sus compañeros de grupo y, en consecuencia, procedieron de conformidad situándose a orillas del camino en espera de aquella persona a quien pretendían capturar. Más o menos a la hora indicada vieron a dicho individuo, y entonces 'Marco Díaz le hizo el alto —expone Bustos—, esto una sola vez, seguidamente el muchacho se tiró al suelo y cogió en cuatro pies y gatiando, y sacando yo no sé qué sería del bolsillo, en esto Marco Díaz seguidamente, viendo esto le hizo el tiro, pues éste pensaba que seguramente sería sacando arma para enfrentarse a ellos'. Seguidamente nosotros nos fuimos a donde estaba el muchacho y ya estaba muerto, yo seguidamente lo vi y pude apreciar que era el mismo muchacho que había visto en 'El Toro', y que me habían dicho los que antes dije que se llamaba Miguel Antonio Díaz. Seguidamente lo requisamos y le encontramos un cuchillo mataganado, largo, en el bolsillo de atrás le encontramos una bomba, de esas de mecha, era hechiza. Después de esto, como Díaz Benítez observó que no podían dejar el cadáver en el camino, lo llevaron a un rastrojo y lo dejaron allí medio enterrado en un zanjón pequeño''.

Se demostró la materialidad del delito de homicidio en Miguel Antonio Díaz y la responsabilidad penal de Marco Tulio Díaz Benítez como autor de él. El Jurado afirmó esa responsabilidad al término de la audiencia pública. Con base en el veredicto dictó sentencia condenatoria el señor Juez Superior de Neiva, el 20 de febrero de 1962, la que fue confirmada por el Tribunal de aquel Distrito Judicial.

Demanda de casación.

El apoderado de Díaz Benítez formuló la demanda de casación con arreglo a las normas legales. Hizo un ''resumen de los hechos y de las actuaciones procesales'', en un primer capítulo, y luego, en el segundo, invocó la causal cuarta de casación, para señalar, a continuación, un ''cargo único'' contra la sentencia acusada.

Se solicita a la Corte que invalide la sentencia y decrete la nulidad de lo actuado a partir del 19 de junio de 1959, ''ordenando la suspensión del proceso en cuanto se refiere a Marco Tulio Díaz Benítez, u ordenando al señor Juez del conocimiento la suspensión del juicio a partir de la misma fecha''.

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dio respuesta a la demanda. Hizo una crítica de ella y presentó razones satisfactorias, desde el punto de vista legal, para rechazar la causal invocada.

Consideraciones de la Corte.

Dijo el demandante:

''Aduzco la causal prevista en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que es nula la actuación cumplida, en cuanto a mi mandante se refiere, desde el día 19 de junio de 1959, por haber sido amnistiado en esa fecha por el Estado Colombiano, incurriéndose así, al proseguir la actuación, en nulidad por incompetencia de jurisdicción''.

Y agrega:

''La acción penal no podía proseguirse a partir de junio 19 de 1959 contra Marco Tulio Díaz, por cuanto en esa fecha fue amnistiado por el Gobierno Nacional, por conducto del Gobernador del Huila. Desde esa fecha se produjo una incompetencia de jurisdicción para continuar el proceso, fenómeno que conlleva la nulidad de lo actuado al tenor de los artículos 198, numeral 1º, y 200 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 26 de la Constitución Nacional, de los artículos 1º y 3º del Código Penal, y de los artículos 677 a 679 también del Código de Procedimiento Penal''.

Se hace, a renglón seguido, un recuento de las disposiciones legales, en virtud de las cuales se ordenó la suspensión de los procesos que se adelantaran contra Marco Tulio Díaz Benítez por delitos cometidos en los Departamentos de Caldas, Cauca, Tolima, Huila y Valle del Cauca, antes del 15 de octubre de 1958, siempre que fuesen de los expresamente determinados en los artículos 1º y 2º del Decreto 0328 de 1958.

Esa suspensión fue ordenada efectivamente por el señor Gobernador del Departamento del Huila, por Resolución número 453 de 1959, dictada en armonía con los artículos 1º y 2º del Decreto número 0328 de 1958 y el artículo 3º del Decreto 2582 de 1958. En ella se resolvió ''solicitar de los funcionarios de instrucción o Jueces del conocimiento la suspensión de los procesos que cursen contra Marco Tulio Díaz Benítez...''.

Afirma el apoderado del recurrente que ''no tuvo conocimiento oportuno de que Díaz Benítez hubiera sido amnistiado. Por tal razón no realizó gestiones de ninguna índole para que la resolución transcrita fuese enviada al Juzgado Superior, e ignoro, por consiguiente, si se hizo la

comunicación al respecto o no. De todas maneras, por la naturaleza misma de la gracia de amnistía, mi mandante quedó protegido por ella''.

Y termina el cargo en esta forma:

''Por manera, pues, que normalmente corresponde al Congreso de la República decretar, por medio de leyes, amnistías o indultos; y al Presidente de la República dar aplicación a esas leyes, conforme al numeral 4º del artículo 119 de la Constitución y del artículo 678 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, en el año de 1958, noviembre 18, el Departamento del Huila se encontraba en estado de sitio, el que había sido decretado desde 1949 y confirmado especialmente en 1958; subsistía este régimen de excepción en diciembre 11 de 1958, fecha del Decreto 2582, y en junio 19 de 1959, fecha en que el Gobierno Departamental otorgó el beneficio de amnistía a Marco Tulio Díaz Benítez. En tales condiciones los Decretos 328 y 2582 de 1958 tenían en la fecha últimamente indicada plena validez y su cumplimiento era obligatorio al tenor del inciso 2º del artículo 121 de la Constitución Nacional, en concordancia con los numerales 8º del artículo 118 y 3º del artículo 120 de la Carta Fundamental de la República. Tiene igualmente plena validez entonces la Resolución 453 de 1959, emanada de la Gobernación del Huila, en que otorgó la gracia de la amnistía a Marco Tulio Díaz Benítez''.

''... Es obvio, entonces, que el fallo acusado viola el artículo 26 de la Constitución Nacional, que es fundamento insustituíble de nuestra organización republicana; viola los artículos 1º y 3º del Código Penal y los artículos 198, numeral 1º, 200, 677, 678 y 679 del Código de Procedimiento Penal. Estas las disposiciones que considero infringidas''.

Se contesta:

Para resolver la situación que plantea el recurrente basta copiar lo dicho por el señor Procurador en su concepto:

''No es válido el planteamiento hecho en la demanda con el fin de demostrar, de una parte, que la acción penal no podía proseguirse a partir del día 19 de junio de 1959, en que fue amnistiado el procesado Marco Tulio Díaz, y de probar, de otra parte, que a partir de la indicada fecha 'se produjo una incompetencia de jurisdicción'. Y no lo es por los dos siguientes motivos:

''*Primero.* Porque no habiéndole sido comunicada por el señor Gobernador del Huila al Juez del conocimiento la aplicación de la referida amnistía, y no habiéndose procurado tampoco por la defensa que dicha notificación se surtiera en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto legislativo número 0006 de febrero 26 de 1959, modificatorio del 0328 ya citado, no tenían por qué los funcionarios judiciales que conocían del proceso seguido a Marco Tulio Díaz y otros, por el homicidio de Miguel Antonio Díaz, suspender el procedimiento en curso, es decir, darle cumplimiento al artículo 3º del mismo Decreto 0328.

''*Segundo.* Por no encontrarse los Jueces *a quo* y *ad quem* en el deber de cumplir con lo ordenado en el artículo 3º acabado de citar, todas las actuaciones procesales que se verificaron en el negocio de que se trata, a partir del día en que se dispuso aplicar la amnistía que no se comunicó a la autoridad correspondiente, son absolutamente legales y ninguna nulidad de lo actuado es posible dar por configurada, pues la supuesta incompetencia de jurisdicción o interrupción de la misma, no se realizó precisamente por la falta de comunicación del decreto de amnistía que, como condicionada al cumplimiento por parte del favorecido con ella de ciertas y determinadas obligaciones, fue concedida.

''Cosa muy distinta es que la suspensión del procedimiento o la concesión del indicado beneficio, mediante el proferimiento de la resolución visible al folio 5º del cuaderno 4º, resolución que apenas vino a conocerse en autos después de dictada la sentencia del honorable Tribunal de Neiva y por iniciativa del señor demandante, pueda ser reclamada por el acusado Marco Tulio Díaz ante la autoridad judicial respectiva, entendiéndose, obviamente, que tal concesión tiene que ver con la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida.

''No sobra observar que obró bien el *ad quem* al no declarar como existente la nulidad de lo actuado, a la cual se refería el doctor Sánchez Silva en su memorial de folio 15 del cuaderno 3º, por la simple razón de que no le correspondía al honorable Tribunal de Neiva reconocer la existencia de un quebrantamiento de la ley procedimental que no fue alegado en la oportunidad indicada por el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal.

''Además, el hecho invocado por el señor defensor Sánchez Silva, no era propiamente constitutivo de nulidad, sino indicativo más bien de que con respecto a su patrocinado Marco Tulio Díaz se había ordenado por la Gobernación del Departamento, pero no comunicado, suspender el procedimiento penal seguido al mismo Díaz''.

No quiere decir lo anterior que se quite el derecho al recurrente para reclamar ante las autoridades respectivas la aplicación de la gracia que se le otorgó, mediante la Resolución número 453 de 1959 de la Gobernación del Departamento del Huila. Sólo que el hecho anotado, como capaz de generar la nulidad de la actuación, no tiene la fuerza que se le ha querido dar, ya que tanto el Juzgado Superior de Neiva, como el Tribunal del mismo Distrito, al desconocer tal resolución, obraban legalmente cuando impulsaban el procedimiento penal hasta dar término a él. Hubo, pues, alguna negligencia, al no comunicar aquella orden a "los funcionarios de instrucción o Jueces del conocimiento", de acuerdo con la disposición pertinente.

En tal virtud, no prospera la causal 4ª de casación alegada por el demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *no invalida* la sentencia recurrida a la cual se ha hecho mérito.

Se declara *desierto* el recurso interpuesto por los procesados Justo Pastor Useche y Antonio Bustos E., por no haber presentado la respectiva demanda que lo sustentara.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

LA IMPUTABILIDAD CON RESPECTO AL DELITO.—INVOCACION DE LA CAUSAL CUARTA DE CASACION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 30 de noviembre de 1961, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil condenó a Gustavo Macías o Sánchez, como responsable del delito de homicidio en Facundo o Segundo González, a la pena de ocho (8) años de presidio y accesorias consiguientes.

Hechos y actuación.

La tarde del 31 de julio de 1956, en el sitio de Altamira, comprensión del Municipio de San Vicente, Gustavo Macías o Sánchez, luego de un rápido altercado con Facundo o Segundo González, de dos disparos de arma de fuego le causó la muerte, y a continuación emprendió la huída, desapareciendo de la región, hasta que por fin, tres años después, logró ser capturado.

De estos hechos conoció el Juzgado 1º Superior de San Gil, el que, entendiéndolos como constitutivos del delito de homicidio, en auto del 7 de junio de 1960, llamó a juicio, por razón de ellos, al predicho Macías o Sánchez, determinación que el Tribunal confirmó en su providencia del 30 de septiembre del mismo año.

Llegada la oportunidad legal, se propuso al Jurado el cuestionario del caso, redactado conforme al homicidio voluntario que se acogió en el auto de proceder, cuestionario al que se respondió por medio de la frase: *"Sí es responsable"*.

Con fundamento en este veredicto, el Juzgado, mediante sentencia del 27 de julio de 1961, condenó a Macías o Sánchez a la pena de ocho (8) años de presidio y le aplicó las penas accesorias de rigor, aunque pretermitió condenar por razón de perjuicios, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 30 de noviembre del mismo año, adicionándolo con respecto a la materia pretermitida.

Demanda de casación.

En la demanda formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca como causal de casación la del ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada "es violatoria de la ley procedimental", puesto que, de conformidad con el ordinal 8º del artículo 198, ibídem, el juicio quedó "viciado de nulidad" en razón de que Macías o Sánchez "no fue el responsable del delito de que trata el proceso", tesis que desarrolla mediante un amplio y detenido examen de todo el caudal probatorio recogido en autos, el cual finaliza en los términos que a continuación se reproducen literalmente:

"En resumen y conclusión, existen estas pruebas de que Gustavo Macías no fue el autor del homicidio en Segundo o Facundo González:

"1ª La declaración de Dolores Velásquez, que habla de Gustavo Sánchez;

"2ª La declaración de Trino González, que también habla de Gustavo Sánchez;

"3ª La declaración de Luis Carlos Ochoa, que distingue a Gustavo Sánchez de Gustavo Macías;

"4ª La declaración de Luis Emilio Ochoa, que también distingue a Gustavo Macías de Gustavo Sánchez;

"5ª La declaración de Pedro Pablo Sánchez, medio hermano de Gustavo Macías, que también distingue a éste de Gustavo Sánchez, el matador de González, y explica lo sucedido;

"6ª La diligencia de indagatoria de Gustavo Macías, que explica lo sucedido;

"7ª Las partidas de bautismo de Gustavo Sánchez y de Gustavo Macías;

"8ª El reconocimiento en rueda de presos hecho por Dolores Velásquez, Trino González, Luis Carlos Ochoa y Luis Emilio Ochoa, que dijeron que el acusado Gustavo Macías no es el Gustavo Sánchez, autor del homicidio;

"9ª Las numerosas declaraciones sobre la buena conducta de Gustavo Macías, que acreditan su incapacidad para delinquir;

"10. La cédula de ciudadanía de Gustavo Macías, y

"11. La perfecta prueba de coartada, establecida plenamente con las declaraciones de seis testigos fehacientes.

"Ante este cúmulo de pruebas no puede sostenerse la identidad del responsable, hecha por el Tribunal sobre bases deleznables".

Consecuente con estas conclusiones, el recurrente solicita se invalide el fallo, "para que en su lugar se dicte la sentencia que corresponda, de acuerdo con el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, ordenando poner inmediatamente en libertad al procesado Gustavo Macías".

Concepto del Ministerio Público.

En la respuesta a la demanda, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con la ponderación y competencia que le son características, hace un estudio de ella, el cual lo lleva a concluír que el recurso debe ser desechado, como evidentemente así lo solicita.

Para resolver se considera:

Desde el momento en que el procesado Macías o Sánchez en su indagatoria, rendida el 25 de noviembre de 1959, negó ser el autor de la muerte de González, planteando que lo era un hermano suyo, de nombre Gustavo Sánchez, se abrió el debate en torno, no de su identidad, sino de la imputabilidad, el cual tuvo su particular desarrollo con motivo de la calificación del sumario, oportunidad en la que el Fiscal del Juzgado, el apoderado de aquél y el Juzgado mismo se ocuparon del tema, mediante el análisis de las pruebas del proceso; el primero, para pedir el enjuiciamiento del predicho sujeto; el segundo, para oponerse a esa medida y solicitar un sobreseimiento temporal, y el tercero, para llamarlo a juicio, determinación que, al ser revisada por el Tribunal, obligó a que éste y también su colaborador Fiscal examinaran ese mismo discutido aspecto, absolutamente fundamental para la vocación a juicio.

Ese debate, respecto de la imputabilidad, encontró su adecuada culminación ante el Jurado, en la Audiencia Pública, donde tanto el Fiscal como el defensor del procesado Macías hicieron un amplio examen de todas las pruebas del proceso, recogidas las más de ellas en la etapa del sumario y unas cuantas en el juicio, durante el término correspondiente, examen que, revistiendo especial vigor e intensidad con relación a las que fija la demanda como fundamento de la impugnación, tuvo por objeto, en cuanto al Fiscal, solicitar la condena del acusado Macías, en razón de *"que la prueba de imputabilidad y responsabilidad en este proceso es plena y completa"*, y en cuanto al defensor, su absolución, en fuerza de que *"no es responsable de la muerte de Segundo o Facundo González porque él no fue quien lo mató"*.

El Jurado en presencia de tan radicales alegaciones, pronunció su veredicto en consideración, no de un procesado que apareciese simplemente descrito y reseñado en los autos, sino del que, con el nombre de Gustavo Macías o Sánchez, tenía presente en el propio acto de la audiencia, todavía insistiendo, de acuerdo con la actitud de la indagatoria, en que no era el autor de la muerte de González.

Estos antecedentes permiten comprender que la demanda lo único que hace es tratar de revivir, con el fácil pretexto de una supuesta nulidad, el debate que, en torno de la imputabilidad con respecto al delito, se desarrolló y canceló en las instancias, a efecto de solicitar de la Corte que, contra toda norma legal, como resultaría de ser ello aceptado, desconozca el veredicto del Jurado y luego, en acto todavía más arbitrario, prescindiendo de aquellas instancias y de cualquier forma de juicio, proceda a dictar una insólita e inexplicable sentencia absolutoria a favor del procesado, todo lo cual es inadmisible, y conduce, por ende, a que la causal de casación invocada no pueda prosperar.

En virtud 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 de que fue objeto el fallo de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO

Indagatoria asistida por persona ajena a las disciplinas jurídicas.—Las Inspecciones de Policía no están obligadas a llevar libros de inscripción de abogados.—Petición de nulidad. Identidad de la víctima.

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 62 de 1928, las Inspecciones de Policía no están obligadas a llevar libros de inscripción de abogados, hecho que de suyo explica que en ellas, por lo regular, se prescinda del concurso de los profesionales para la práctica de diligencias que, como la de indagatoria, en manera alguna se afectan por la sola circunstancia de que en su recepción haya intervenido, en el carácter de apoderado, un simple empírico.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 4 de abril del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Efraín Morales Niño, como responsable del delito de homicidio en Domingo Beltrán o Peña Beltrán, a la pena de diez y seis (16) años de presidio y accesorias correspondientes.

Hechos y actuación.

La noche del 24 de junio de 1958 fue muerto en la casa-tienda del señor Genaro Santos, ubicada en la población de Guaduas, de una cuchillada que se le proporcionó a traición, Domingo Beltrán o Peña Beltrán, hecho por el cual el Juzgado 4º Superior de Bogotá, estimándolo como constitutivo del delito de homicidio, en la modalidad de asesinato, mediante auto del 1º de octubre de 1959, llamó a juicio a Efraín Morales Niño, determinación que el Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó en providencia del 18 de febrero de 1960.

Conforme a los términos del auto de proceder se interrogó al Jurado, y como su respuesta fue de responsabilidad, precisamente en las condiciones en que se planteó el delito, el Juzgado, en sentencia del 29 de agosto de 1961 condenó al procesado Morales Niño a la pena de quince (15) años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 4 de abril del año pasado, para elevar en un (1) año la pena principal.

Demanda de casación.

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, sostiene, al amparo de la causal de casación prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la cual invoca con el carácter de única, que el fallo acusado es violatorio de la ley procedimental "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que fundamenta de acuerdo con los siguientes cargos:

a) En la diligencia de indagatoria, rendida en la Inspección de Policía de Guaduas, Morales Niño estuvo asistido por persona ajena a las disciplinas jurídicas, hecho que, si se tiene en cuenta que allí hay abogados titulados, implicó violación del derecho de defensa;

b) En la recepción del testimonio del menor César Julio Niño "se violó el artículo 26 de la Constitución", en razón de que se le designó como curador *ad litem* al señor Genaro Santos, quien por haber declarado con anterioridad, "era persona interesada", y en ese carácter es de "suponer" que hubiera coaccionado al menor "para que produjera su testimonio en contra de Efraín Morales";

c) No obstante las reiteradas solicitudes para que se practicara una diligencia de inspección ocular en el lugar de los hechos, la prueba no se

llevó a cabo, y de ese modo, una vez más, se violó el artículo 26 de la Constitución;

d) La audiencia pública se celebró "con intervención de jurados distintos a los que resultaron sorteados", y entonces, por este otro aspecto, también se violó el artículo 26 de la Constitución;

e) El procesado Morales Niño solicitó, ante el Tribunal, "que se declarara una nulidad en este juicio", y como no se "proveyó al respecto", se violó el artículo 26 de la Constitución, y

f) En el proceso se configura la nulidad prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, puesto que "se incurrió en error en cuanto al nombre y apellido del ofendido", ya que se llamaba Domingo Peña Beltrán y no Domingo Beltrán.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 62 de 1928, las Inspecciones de Policía no están obligadas a llevar libros de inscripción de abogados, hecho que de suyo explica que en ellas, por lo regular, se prescinda del concurso de los profesionales para la práctica de diligencias que, como la de indagatoria, en manera alguna se afectan por la sola circunstancia de que en su recepción haya intervenido, en el carácter de apoderado, un simple empírico.

Las críticas que se formulan a la recepción del testimonio del menor César Julio Niño, según puede apreciarse sin esfuerzo, se encaminan a demostrar que esa prueba no ha debido tenerse en cuenta en el fallo acusado, problema que, evidentemente, no es de la esfera de la causal 4ª, sino de la 2ª, la cual, a más de no haberse invocado, no procede en los juicios que se deciden con la intervención del Jurado.

La inspección ocular, lo mismo que la práctica de careos "con todas las personas que hayan declarado en mi contra", fue solicitada por el procesado y luego por su defensor en la segunda instancia del fallo que se dictó en la primera con base en el veredicto que expidió el Jurado, es decir, contra lo dispuesto en el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual el Tribunal, en auto del 7 de diciembre de 1961, negó esa prueba y también los careos.

Los jurados, sobre quienes recayó el sorteo inicial, fueron reemplazados en virtud de no habérseles encontrado, hecho que se acreditó, de manera adecuada, mediante el informe, ratificado bajo juramento, del notificador del Juzgado. En estas condiciones cabía hacer uso del artículo 517 del Código de Procedimiento Penal.

El procesado Morales Niño, luego de que pidió al Tribunal la predicha inspección ocular y los indicados careos, sin esperar respuesta, ya que obró a continuación, solicitó se declarara "la nulidad procesal" que, a su entender, tenía que surgir de no ser practicadas esas diligencias.

La petición de nulidad se formuló, pues, de manera anticipada, condición que la hizo inoperante, incluso en el objetivo de ser acreedora a expreso pronunciamiento.

Respecto a la identidad de la persona víctima del delito de homicidio que se atribuye al procesado Morales Niño, el expediente no ofrece ninguna duda, como con la debida propiedad lo establece el señor Procurador por medio de las siguientes razones:

"En primer término anota la Procuraduría que en ningún momento del proceso se suscitó el tema de la identificación o precisión del nombre de la víctima. Esto es tema traído a última hora, y por el aspecto de nulidad que ahora se presenta ni por la identificación que se deja expresada, fue materia de pronunciamiento del fallador en las instancias.

"Además, no es la partida de defunción y lo que en su acta diga, lo que prueba la edad de la persona a que alude. Esa partida sólo acredita la muerte como ocurrida en determinada fecha, porque para otros hechos relativos a la personalidad del difunto existen otros documentos, como son la cédula de ciudadanía, la tarjeta de identidad postal y aun la partida de nacimiento, sea ésta civil o eclesiástica.

"La Procuraduría ya anotó en la relación de hechos, cómo en el proceso hay constancias de que con el apellido de Beltrán y de Peña Beltrán se identificó a la víctima, y que sobre su personalidad no hubo duda alguna, sin que tenga importancia alguna que se le hubiera calculado una edad diferente, en documentos no indicados para precisarla matemáticamente".

En virtud 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 de que fue objeto la sentencia de que se hace expreso mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

LESIONES PERSONALES

No hay nulidad constitucional por la aplicación de las normas del Decreto 0012 de 1959 a procesos originados en hechos cometidos dentro de su vigencia. — Con el estado de sitio no desaparece la legalidad. — El Gobierno no está facultado para expedir ni reformar Códigos en ejercicio del artículo 121 de la Carta. — Cuándo sí está capacitado para suspender leyes comunes y, eventualmente, leyes codificadas.—Finalidad esencial de la causal 2ª de casación. Error del ad quem en la dosificación de la pena.

1. Al declarar la Sala Plena la inexequibilidad de los incisos b), c) y d) del artículo 10 del Decreto número 12, "en cuanto se trate de procesos originados en hechos cometidos con anterioridad a su vigencia", estaba ratificando la doctrina que sobre la materia había expuesto en varias oportunidades y en presencia de casos concretos, la Sala Penal de esta corporación, doctrina que se había enunciado en los siguientes o parecidos términos: siendo el Decreto 12 ley restrictiva y desfavorable, comparada con la legislación penal procesal preexistente, no puede aplicarse en los procesos adelantados por delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de aquellas normas de carácter excepcional, porque ello infringe el inciso 2º del artículo 26 de la Carta, conforme al cual, en materia criminal, rige el proceso la ley favorable, vigente al tiempo de cometerse el hecho delictuoso, con la excepción relativa a las reglas de simple "ritualidad o sustanciación", a que se refiere el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Así, con fundamento en tales razones y en presencia del mandato contenido en el artículo 215 de la Constitución, esta Sala ha reconocido la existencia de nulidades supralegales. Pero nunca ha aceptado que la aplicación de las normas del Decreto 0012 a procesos originados en hechos cometidos dentro de la vigencia de ese estatuto, constituye una nulidad constitucional. Y menos cuando el delito que se atribuye al procesado fue previsto en el artículo 1º de aquel Decreto, y el juzgamiento se realizó ante los Jueces competentes.

2. Es verdad que la Corte, en el fallo con el cual culminó el juicio de inexequibilidad del Decreto número 12, expresó el concepto de que por la declaración de estado de sitio no desaparece la legalidad. Porque el Gobierno —agregó— carece de poder para derogar las leyes, y sólo está habilitado para suspender "las que sean incompatibles con el estado de sitio".

Tal cita utiliza el impugnador como soporte para concluír que si el Decreto legislativo 0012 "no suspendió y mucho menos derogó, porque no podía hacerlo", las disposiciones del procedimiento ordinario, éstas se hallaban en pleno vigor al tiempo en que se cometieron los hechos de que se ocupa este proceso, y, por tanto, no podían los Jueces pretermitir su observancia.

Olvida el distinguido recurrente que la Corte, en el mismo fallo de 24 de julio de 1961, por él citado, desarrollaba con toda precisión el arcance del aludido concepto:

"El artículo 76, en su ordinal 2º, faculta al Congreso para 'expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones'; y el artículo 80 dispone que los códigos no pueden ser dictados ni reformados sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas comisiones permanentes de una y otra Cámara.

"El Gobierno está incapacitado para expedir códigos en ejercicio de las facultades del artículo 121, porque se trata por excelencia de leyes de orden general y permanente. Ni por su naturaleza sobresaliente ni por el presupuesto de tiempo para su normal vigencia quedan comprendidos los códigos en el ámbito de las facultades del estado de sitio (LXXXI, 2202, 13).

"Tampoco puede reformarlos, porque ello envuelve derogación parcial de carácter definitivo

e inconciliable, por tanto, con la transitoriedad de los mandatos que se dictan en uso de facultades de emergencia.

"Pero sí está capacitado para suspender leyes comunes y, eventualmente, hasta leyes codificadas, cuando en concreto aparezca ostensible la necesidad de la medida como instrumento de buen gobierno claramente adecuado a la restauración del orden público". (Subraya la Sala).

Precisamente el criterio contenido en el aparte subrayado es el que le comunica unidad estructural a la citada sentencia del 24 de julio de 1961. Sólo partiendo de esa premisa fundamental se podía llegar, a través de coherentes y eslabonados argumentos, a la declaración adoptada en su parte resolutiva.

Y de lo dicho se desprende asimismo, con toda claridad, que si el imperio del procedimiento ordinario se hallaba constitucionalmente suspendido en el lugar y para la época en que se cometió el delito, las normas que debían regir el proceso eran las que en efecto lo rigieron.

3. Son ya numerosas las ocasiones en que la Sala ha tenido la oportunidad de expresar, a propósito de la causal segunda de casación, el concepto de que la finalidad esencial de ésta es la de remediar o subsanar los protuberantes errores en que haya incurrido el fallador de segundo grado, y que en manera alguna se encamina a producir un replanteamiento valorativo de los elementos de convicción ya estudiados y analizados por el Tribunal sin desatender su sentido natural, porque ello implicaría la sustitución de un razonamiento por otro, vulnerando el mínimo de autonomía conceptual que es necesario salvaguardiar en el sentenciador de instancia. Fundada en tales principios, ha dicho y repetido también esta Sala que el éxito de la causal segunda presupone yerro prominente, manifiesto, en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, o sobre los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad. Por tanto, si el error no es de tal índole sino el que se pretende cimentar sobre simples diferencias de interpretación probatoria entre el fallo acusado y quien lo impugna, la causal aludida no puede prosperar.

4. Es evidente que el ad quem incurrió en error al señalar un aumento de un año "por el resto de las lesiones sufridas" por una de las víctimas, puesto que de acuerdo con el artículo 377 del Código Penal, esa agravación no resulta pertinente, aunque debe observarse que en la fijación de la pena, los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta, contra lo dispuesto por el artículo 36 del Código Penal, "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso" ni "los motivos determinantes".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Previos los trámites del Decreto 0012 de 1959, el señor Juez Penal del Circuito de Roldanillo, mediante sentencia del once de agosto de mil novecientos sesenta, condenó a Jaime Alfonso Arango Cardona "a la pena principal de cinco (5) años de presidio y a pagar como multa, a favor del Tesoro Nacional, la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal, como responsable de las lesiones personales inferidas a los señores Benedicto Téllez Cruz y Lino Antonio Téllez Duque". En la misma providencia se absolvió a los dos últimos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en fallo del diez de mayo de mil novecientos sesenta y uno, confirmó plenamente lo resuelto por el *a quo*, decisión contra la cual interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor de Jaime Alfonso Arango Cardona. Esta Sala procede a decidirlo, ya que se ha cumplido ante la Corte el trámite propio del asunto.

Antecedentes.

En su respuesta a la demanda, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, representante del Ministerio Público en el presente caso, se ocupa, en acertada síntesis, de los acontecimientos a que se contrae el proceso. Por estimarla lo suficientemente clara y comprensiva de la realidad procesal, la Sala juzga oportuno transcribirla:

"Los hechos en cuestión tuvieron su acaecimiento en la localidad del Dovio el día 4 de marzo de 1960, vereda de Campo Alegre. En dicho lugar los esposos Benedicto Téllez y Agustina Duque tenían casa de habitación, y dentro de ella un establecimiento público o expendio de bebidas gaseosas y alcohólicas. En las horas de la mañana, y con rumbo a una finca cercana, pasó por el lugar el señor Jaime Alfonso Arango, acompañado de don Martiniano Tamayo Salazar. Dan

cuenta los autos de que dichos señores, en el curso del viaje, hicieron frecuentes ingestiones alcohólicas, y finalmente, y a su regreso, se detuvieron en la tienda del matrimonio Téllez.

"Una vez allí solicitaron les fueran servidas unas cervezas, tanto para ellos como para su acompañante, el trabajador o arriero de nombre Jesús Sánchez Ramírez. Este último, consumida la cerveza, se retiró con dirección al pueblo. Tras haber pedido que se les pusiera un poco de música, Arango y su compañero procedieron a pagar lo consumido, que ascendía a la suma de $ 2.40. Arango extrajo de su bolsillo un billete que, a su decir, era de $ 20.00, y lo entregó a Lino Antonio Téllez, quedando a la expectativa del excedente. Luego de algunos incidentes sin importancia le fue entregada a Arango la suma de siete pesos con ochenta centavos, cantidad que Arango se negó a recibir arguyendo que había entregado un billete de $ 20.00, que, por lo tanto, se le debía reintegrar una suma mayor. A todas estas Arango había permanecido jinete sobre su cabalgadura, y procedió a apearse, ya nervioso, frente a la situación. La dueña de la tienda le explicaba, mostrándoselo, que el billete entregado era de diez pesos; sin atender a razones Arango, violentamente, procedió a injuriar verbalmente a la señora y a su familia. Los Téllez accedieron a que no les pagaran las cervezas pedidas con el objeto de evitar conflictos ulteriores, pero Arango, empecinado y colérico, seguía profiriendo insultos hasta el extremo de que, dándose cuenta de ellos, el señor Benedicto Téllez, persona de avanzada edad, que se encontraba en los interiores de la casa, se vio obligado a hacerse presente.

"Las constancias procesales manifiestan cómo la actitud del jefe de familia fue temperante y conciliadora; Arango, sobreexcitado, con el machete de que iba provisto descargó un fuerte golpe sobre la puerta y repentinamente dio de machetazos al anciano Téllez, habiéndole alcanzado con uno de los golpes del arma en la cabeza Téllez, con el propósito de defenderse, se dirigió hacia el mostrador de la tienda con el fin de procurarse una peinilla que allí guardaba; se trabaron en lucha, y de resultas de ella, se infirieron las lesiones que consignan los reconocimientos médicos al folio 5 y 9 del informativo.

"El hijo de Benedicto Téllez, quien solicitaba auxilio de un vecino de nombre José Domingo Cortés, fue entonces perseguido por Arango, el que le alcanzó a propinar un machetazo, a consecuencia del cual se hizo necesaria la amputación de la mano izquierda, presentando, además, según la experticia médica, una cicatriz de herida superficial de 8 centímetros de extensión en la región mamaria izquierda, superior y externa".

La investigación fue inicialmente adelantada por la Alcaldía Municipal de Dovio, Despacho que con fecha 17 de marzo de 1960 dictó auto de detención preventiva contra Jaime Alfonso Arango Cardona y Benedicto Téllez. Las diligencias investigativas pasaron posteriormente al señor Juez Penal del Circuito de Roldanillo, funcionario que, después de allegar al informativo numerosas pruebas, ordenó el cierre de la investigación mediante auto del 6 de julio del citado año. En providencia fechada el 13 del mismo mes, y conforme al mandato contenido en el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959, se dispuso poner los autos a disposición de las partes para la presentación de alegatos. Estos obran de folios 108 a 117 del cuaderno 1º del informativo.

Al definir la situación jurídica de los procesados, la sentencia de primer grado, proferida, como ya se dijo, el 11 de agosto de 1960, consideró a Jaime Alfonso Arango Cardona como autor responsable de las lesiones personales intencionalmente inferidas a Benedicto Téllez y a su hijo Lino Antonio, reconociendo que el agente, en el momento de cometer el hecho, se hallaba en estado de embriaguez aguda o accidental. No aceptó el sentenciador, por estimarla huérfana de respaldo procesal, la tesis de la legítima defensa, invocada por el defensor de Arango, ni la de que éste actuó en riña suscitada de modo imprevisto, planteada subsidiariamente por aquél.

El mismo fallo de primera instancia absuelve a Benedicto y Lino Antonio Téllez de los cargos que les fueron formulados: al primero, por considerar que su conducta en los hechos a que se contrae el proceso se justifica plenamente, ya que actuó, frente al proceder de Arango, dentro de las circunstancias previstas en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal; y al segundo, "por cuanto no existe ninguna prueba que lo señale como coautor o cómplice de las lesiones que exhibe Arango Cardona".

Apelada la sentencia por el personero judicial de Arango Cardona, y concedido el recurso mediante auto del 29 de agosto de 1960, el negocio subió al Tribunal Superior de Buga, en donde fue legalmente tramitado. Allí se ordenó la práctica de pruebas solicitadas por el susodicho apoderado, quien al alegar de conclusión, pidió que se revocara la sentencia apelada para que, en su lugar, se absolviera a su defendido, ya que, en su sentir, "sus actos se justifican, porque obró en legítima defensa de su integridad personal: artículos 24 y 25 del Código Penal". "O, en sub-

sidio —agregó—, que se revoque, para reformarla, la mencionada sentencia, en el sentido de imponer, no los cinco (5) años de presidio que ella impuso, equivocada, infortunadamente, sino trece (13) o catorce meses de presidio, en aplicación de los artículos 38, 33, 374 y 384 de la misma obra''.

Ya se expresó que el Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia de primer grado. Tal resolución fue adoptada por el *ad quem* después de examinar con amplitud los elementos de juicio aportados al debate en ambas instancias.

La demanda de casación.

El recurso extraordinario ha sido sustentado ante la Corte por el doctor Osías Lozano Quintana, quien impugna la sentencia recurrida con fundamento en las causales de casación previstas en los numerales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

No contiene la demanda un resumen claro y preciso de los hechos materia de la controversia. En su lugar presenta el actor un somero examen crítico de las pruebas sobre las cuales descansan las dos versiones de los hechos controvertidos a lo largo del proceso, examen cuyo adecuado lugar, dentro de la técnica propia del recurso, es aquel en que haya de plantearse y sustentarse la causal segunda. En capítulos separados se exponen los fundamentos relativos a cada una de las causales aducidas; se citan las disposiciones constitucionales y legales que el recurrente estima infringidas y se formula la correspondiente solicitud. No obstante la deficiencia anotada, puede decirse que el libelo reúne, en su aspecto externo, los requisitos indispensables para ser estudiado.

Causal cuarta. Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

En el fondo, lo que al amparo de la causal citada denuncia el impugnador, es una nulidad supralegal. En efecto, piensa el recurrente que este proceso debió tramitarse conforme a las normas del procedimiento penal ordinario, previstas en el Código de la materia, y no con aplicación de las excepcionales del Decreto 0012 de 1959. No se observó la plenitud de las formas propias del juicio, y ello constituye un quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional.

El cargo no se motiva con la claridad deseable. Sin embargo, parece que los siguientes apartes recogen el criterio central de la acusación:

''En el caso de autos no hubo auto de proceder, y, por lo mismo no se notificó; no hubo juicio público, ni se celebró audiencia, todo lo cual inunda este proceso de nulidades, a pesar de las cuales la Sala Penal del honorable Tribunal Superior de Buga profirió su consabida sentencia condenatoria para el señor Arango.

''Porque si como lo afirma la honorable Corte en su reciente fallo, 'por la declaración del estado de sitio no desaparece la legalidad...'. Porque el Gobierno carece de poder para derogar las leyes, y sólo está habilitado para suspender 'las normas que sean incompatibles con el estado de sitio' '', si esto es así —lo reitero— el Decreto legislativo número 0012 de 1959 viola el artículo 121 de la Constitución, en el cual dice apoyarse y vulnera, asimismo, el artículo 26 de la misma.

''No pueden, no deben, entonces, los Jueces aplicar ese decreto en los procesos penales, porque como ya lo tiene decidido esa corporación, él es *inexequible* por inconstitucional.

''Y comoquiera que en materia penal 'la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable', con mucho mayor razón debe aplicarse la norma que es favorable cuando ella es *anterior,* como en el caso que tenemos a estudio. Tanto más cuanto que, por expreso mandato del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, 'cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla'.

''Y si el Decreto legislativo de que me vengo ocupando no suspendió, y mucho menos derogó, porque no podía hacerlo, las disposiciones procedimentales aplicables por mandato del legislador en este caso, quiere decir que tales disposiciones se encuentran en pleno vigor, son de rigurosa observancia para los falladores, y no pueden pretermitirse o dejar de aplicarse para dar vado a un estatuto que está en pugna con la Constitución y con la ley procesal''.

Para refutar el cargo, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de recordar el alcance de la parte resolutiva del fallo de la Corte a que la acusación alude, o sea aquel en que esta corporación, en Sala Plena, decidió sobre la demanda de inexequibilidad de numerosas disposiciones del Decreto número 12, de 4 de junio de 1959, arguye lo siguiente:

''El negocio seguido contra Arango Cardona se tramitó desde sus inicios con sujeción al Decreto 12 de 1959. Al producirse la sentencia de segunda instancia este hecho fue claramente advertido por el fallador en el propio texto del 1er párrafo de la misma, debiendo recordarse que esta providencia lleva fecha mayo 10 de 1961. El fallo de la honorable Corte sobre la demanda de inexequibilidad propuesta contra el Decreto

12 lleva fecha 24 de julio de 1961; debe, pues, colegirse, necesariamente, que para la fecha en que se fallaba en segundo grado el proceso por lesiones personales seguido contra Arango Cardona el dicho Decreto estaba plenamente vigente. Ampararse, como lo hace el demandante, en la inexequibilidad por inconstitucionalidad que la honorable Corte declaró en la forma anteriormente consignada para algunos de los artículos del Decreto y considerar que el Tribunal está en la obligación de no aplicarlo, es pretender una retroactividad del fallo de la Corte, en ninguna forma posible''. Por lo demás —añade el Procurador— ninguna de las razones que invoca el acusador encuentra referencia lógica en los artículos expresamente declarados inexequibles por el dicho fallo; un estudio pormenorizado del expediente hace derivar a esta conclusión al Despacho''.

Consideraciones de la Corte.

Las razones expuestas por la Procuraduría Delegada son inobjetables. Pero conviene, además, aclarar algunos de los aspectos que el cargo plantea:

1. En el fallo de 24 de julio de 1961 la Corte, en Sala Plena, realizó un exhaustivo análisis de las disposiciones del Decreto legislativo mencionado frente a la totalidad de las normas de la Carta.

2. La parte resolutiva de dicho fallo está concebida en los siguientes textuales términos:

''Primero. Son *inexequibles* por inconstitucionales los artículo 1º, 2º, 3º, 11 y 24 del Decreto Legislativo número 12, de 4 de junio de 1959, en cuanto atribuyen competencia para fallar en primera instancia a los Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia, a saber:

''a) El artículo 1º en la expresión: '... y fallar en primera instancia...'.

''b) El artículo 2º en las palabras '... y fallo...'.

''c) En el artículo 3º el vocablo 'Juez' en cuanto signifique Juez de Instrucción Criminal comisionado por el Ministerio de Justicia.

''d) El artículo 11 en las palabras '... de Instrucción Criminal...' y 'a que se refiere este Decreto...', y

''e) El artículo 24 en la expresión '... para conocer de los Jueces de Instrucción Criminal a que se refiere este Decreto, sobre la de los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales; la...'.

''Segundo. *Son inexequibles* por inconstitucionales en el mismo Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959, el artículo 8 en la expresión '... y con él se actuará hasta la terminación del proceso...'; el artículo 10 en cuanto dice: '... cuando no se hayan encomendado por comisión especial a los Jueces de Instrucción Criminal en los términos del presente Decreto...', y los incisos b) y c), como también el d) en cuanto se trate de procesos originados en hechos cometidos con anterioridad a su vigencia.

''Tercero. Son *exequibles* en todo lo demás los relacionados artículos 1º, 2º, 3º, 8º, 10, 11 y 24; lo mismo que son *exequibles* en su integridad el parágrafo del artículo 5º y los artículos 6º, 7º, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 30 y 32 del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959''.

3. Al declarar la Sala Plena la inexequibilidad de los incisos b), c) y d) del artículo 10 del Decreto número 12, ''en cuanto se trate de procesos originados en hechos cometidos con anterioridad a su vigencia'', estaba ratificando la doctrina que sobre la materia había expuesto en varias oportunidades y en presencia de casos concretos, la Sala Penal de esta corporación, doctrina que se había enunciado en los siguientes o parecidos términos: siendo el Decreto 12 ley restrictiva y desfavorable, comparada con la legislación penal procesal preexistente, no puede aplicarse en los procesos adelantados por delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de aquellas normas de carácter excepcional, porque ello infringe el inciso 2º del artículo 26 de la Carta, conforme al cual, en materia criminal, rige el proceso la ley favorable, vigente al tiempo de cometerse el hecho delictuoso, con la excepción relativa a las reglas de simple ''ritualidad o sustanciación'', a que se refiere el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Así, con fundamento en tales razones y en presencia del mandato contenido en el artículo 215 de la Constitución, esta Sala ha reconocido la existencia de nulidades supralegales. Pero nunca ha aceptado que la aplicación de las normas del Decreto 0012 a procesos originados en hechos cometidos dentro de la vigencia de ese estatuto, como ocurre en el presente caso, constituye una nulidad constitucional. Y menos cuando, como aquí también acontece, el delito que se atribuye al procesado recurrente fue previsto en el artículo 1º de aquel decreto, y el juzgamiento se realizó ante los Jueces competentes.

4. Es verdad que la Corte, en el fallo con el cual culminó el juicio de inexequibilidad del Decreto número 12, expresó el concepto de que por la declaración de estado de sitio no desaparece la legalidad. Porque el Gobierno —agregó— carece de poder para derogar las leyes, y sólo está habilitado para suspender "las que sean incompatibles con el estado de sitio".

Tal cita la utiliza el impugnador como soporte para concluír que si el Decreto legislativo 0012 "no suspendió y mucho menos derogó, porque no podía hacerlo", las disposiciones del procedimiento ordinario, éstas se hallaban en pleno vigor al tiempo en que se cometieron los hechos de que se ocupa este proceso, y, por tanto, no podían los Jueces pretermitir su observancia.

Olvida el distinguido recurrente que la Corte, en el mismo fallo de 24 de julio de 1961, por él citado, desarrollaba con toda precisión el alcance del aludido concepto:

"El artículo 76, en su ordinal 2º, faculta al Congreso para 'expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones'; y el artículo 80 dispone que los Códigos no pueden ser dictados ni reformados sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas comisiones permanentes de una y otra Cámara.

"El Gobierno está incapacitado para expedir Códigos en ejercicio de las facultades del artículo 121, porque se trata por excelencia de leyes de orden general y permanente. Ni por su naturaleza sobresaliente ni por el presupuesto de tiempo para su normal vigencia quedan comprendidos los Códigos en el ámbito de las facultades de estado de sitio. (LXXXI, 2202, 13).

"Tampoco puede reformarlos, porque ello envuelve derogación parcial de carácter definitivo, e inconciliable, por tanto, con la transitoriedad de los mandatos que se dictan en uso de facultades de emergencia.

"Pero sí está capacitado para suspender leyes comunes y, eventualmente, hasta leyes codificadas, cuando en concreto aparezca ostensible la necesidad de la medida como instrumento de buen gobierno claramente adecuado a la restauración del orden público". (Subraya la Sala).

Precisamente el criterio contenido en el aparte subrayado es el que le comunica unidad estructural a la citada sentencia del 24 de julio de 1961. Sólo partiendo de esa premisa fundamental se podía llegar, a través de coherentes y eslabonados argumentos, a la declaración adoptada en su parte resolutiva.

Y de lo dicho se desprende asimismo, con toda claridad, que si el imperio del procedimiento ordinario se hallaba constitucionalmente suspendido en el lugar y para la época en que se cometió el delito, las normas que debían regir el proceso eran las que en efecto lo rigieron. En consecuencia, no prospera la causal cuarta estudiada.

Causal segunda. Error de hecho al apreciar las pruebas del proceso.

En esencia, sostiene el impugnador, con fundamento en la causal segunda, que el sentenciador de segundo grado cometió grave error al darle el valor de plena prueba, para afirmar la responsabilidad penal de Arango Cardona, "a las declaraciones de Benedicto Téllez, Lino Antonio Téllez, Agustina Duque de Téllez, Anatividad Caro de Téllez Duque y Ana María Téllez Caro, parientes entre sí en los primeros grados de consanguinidad y afinidad", a tiempo que negó el valor probatorio que, en su sentir, tienen la confesión del procesado Arango y el testimonio de Martiniano Salazar, elementos de juicio éstos, de los cuales se desprende que su defendido, al inferir a Benedicto Téllez y a su hijo Lino Antonio las lesiones personales de que da cuenta el proceso, obró dentro de las circunstancias previstas en el artículo 25 del Código Penal.

Con el plausible propósito de sustentar los cargos planteados, el demandante realiza, con criterio muy personal, un examen de la prueba, y concluye planteando, a través de los apartes que en seguida se transcriben, un cargo subsidiario:

"La sentencia no pudo, no debió desconocer, en subsidio de la legítima defensa objetiva, o subsidiariamente subjetiva, ejercitada por Arango, el atenuante o elemento modificador de su responsabilidad, consistente en haber aceptado la riña imprevista que se suscitó por la exclusiva provocación de Agustina Duque de Téllez y Lino Antonio Téllez Duque, primero, cuando por haberle negado los trueques del billete de veinte pesos ($ 20.00), que realmente dio, o que, subsidiariamente y de buena fe creyó haber dado para pagar las cervezas lo colocaron en la necesidad de defender sus bienes, su patrimonio, actual e injustamente atacado por ellos.

"Provocación que no paró allí sino que fue prolongada por Benedicto Téllez Cruz, cuando armado de una peinilla o machete, o de un 'pedazo' de peinilla o machete, como lo dicen él y todos sus parientes cercanos, interesados, por lo mismo, en la defensa, en la impunidad de los suyos, cuando armado —lo repito— abandonó la fonda y salió a la calle o carretera para agredir a Jaime Alfonso Arango.

"Sin embargo, la sentencia desecha esta verdad procesal, y al desecharla deja violados los ar-

tículos 384 del Código de las Penas, 203, 204 y 255 del Código de Procedimiento Penal.

"Acuso, por lo tanto, la sentencia recurrida, por cuanto ella, por su errónea interpretación y apreciación de los hechos, ha violado las disposiciones que acabo de citar. Y al impugnarla, con el cargo subsidiario que acabo de formularle y con fundamento en la causal segunda del artículo 567, ibídem, pido que se invalide y, en su lugar, se declare por la honorable Sala que Jaime Alfonso Arango, en subsidio del ejercicio de la legítima defensa de sus bienes y de su integridad personal, actuó en riña suscitada para él de un modo imprevisto, por lo cual tiene derecho a que en la sentencia se dé aplicación al artículo 384 del Código Penal".

La Procuraduría Delegada responde a los anteriores cargos en la siguiente forma:

"Reducido el caso de autos a sus más sensatos y estrictos límites, no ofrece realidad la complejidad y dificultad que parece dar a entender el impugnador dentro del profuso comentario que para la demostración de la causal 2ª realiza.

"La investigación fue diligentemente acogida por la Alcaldía Municipal de Dovio tan pronto como estuvo noticiada de los hechos en cuestión; las instructivas de los protagonistas del lance fueron captadas con igual prontitud por la Inspección Municipal de Roldanillo, oficina comisionada por la Alcaldía del Dovio. Los reconocimientos a Benedicto y Lino Antonio Téllez fueron efectuados con parecida celeridad, lo mismo que el de Jaime Alfonso Arango. La Alcaldía del Dovio apersonó el diligenciamiento de las sumarias a partir del 14 de marzo de 1961, nuevamente ante ella se produjo ampliación de la indagatoria de Arango, siendo entonces cuando éste proporcionó la versión de haber sido agredido injustamente por los Téllez momentos después de que reclamara la devolución completa de unos cuantos pesos.

"El compañero de Arango, Martiniano Tamayo, depone ante la misma oficina, y son varios los hechos que emergen de su testimonio; veamos cuáles son ellos: 1º La hora de acaecimiento de los sucesos fue, aproximadamente, la de las 6 de la tarde; 2º Tanto Tamayo como Arango habían hecho abundante consumo de cervezas a partir de las nueve de la mañana del día tres de marzo (debió citarse el cuatro); 3º Tamayo no tomó nota de la cuantía del billete con que pagara Arango el gasto que hiciera en el establecimiento de Téllez; 4º —y aspecto final— los incidentes de la refriega se escapan con exactitud a Tamayo en razón de la oscuridad, principalmente, y por motivo del conocimiento muy precario que tenía de la familia Téllez.

"Benedicto Téllez Cruz declara también instructivamente el 5 de abril de 1960; es hombre de 75 años de edad y largamente avecindado en la jurisdicción del Dovio. El afirma que se encontraba afuera del establecimiento cuando Arango pagara las cervezas con un billete de $ 10.00. Destaca la discusión verbal tenida con su señora por Arango, haciendo un reclamo de devolución de vueltas sobre un billete de $ 20.00; dice que Arango, cuando él ya se encontraba en la tienda, se desmontó y dio un fuerte planazo con la peinilla en la puerta, y que al intentar salirse le proporcionó dos golpes con la peinilla en la cabeza, cuyas heridas exhibe ante el Inspector; afirma que fue entonces cuando se dirigió a buscar una peinilla que tenía bajo el mostrador de la tienda, con el objeto de defenderse; niega, finalmente, todo ataque iniciado por él y su hijo contra la persona de Arango. En cuanto a la herida que Arango recibiera explica que no pudo darse cuenta de eso.

"Lino Antonio Téllez Duque se manifiesta en términos similares al anterior, salvo que proporciona detalles mayores y más significativos, insistiendo en que el promotor del incidente, desde lo verbal hasta la agresión física, fue en todo momento Arango, y que él y su padre se limitaron a defenderse. Ciertamente hay algunas discrepancias, para este Despacho, de menor interés, entre las afirmaciones que hacen padre e hijo, pero perfectamente explicables por la ofuscación que indudablemente les obnubiló, la rapidez con que se produjo el ataque y su ninguna justificación.

"La instructiva a que hace referencia el impugnador, y en la cual el Inspector de Roldanillo procedió a tomar juramento a Benedicto Téllez (f. 3 vto.), no puede considerarse legalmente como tal y, en consecuencia, debe darse por inexistente, ya que en ella no estuvo asistido por apoderado ninguno el sindicado Téllez.

"Puede existir alguna duda o confusión en cuanto al valor del billete que entregara Arango, pero no da ella margen para las aseveraciones que hace el impugnador al folio 23 de su demanda, en el sentido de que Benedicto infirma a Lino Antonio, Agustina, Anatividad y Ana María al decir que él no se encontraba en la tienda cuando se produjo la entrega del billete.

"Los restantes hechos alegados por el demandante, tendientes a restarle credibilidad al testimonio de los familiares de los Téllez, no hacen mella alguna al concepto de este Despacho, de que siendo éstos los únicos que pudieron captar

en su totalidad los sucesos tuvieran interés en desvirtuarlos para favorecer la posición de su padre, hermano o esposo, respectivamente. Basta observar la desproporción de edades entre los contendores, la manera como se eslabonó el incidente en principios trivial para llegar a un desenlace sangriento, para dar plena fe a los dichos de los familiares de Téllez, quienes sin conservar animosidad alguna contra Arango detallaron el ataque que protagonizara bajo el aliciente del alcohol. La corporación *ad quem,* prohijando la crítica del testimonio que hiciera el fallador de primera instancia, observó las normas del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

"No encuentra tampoco este Despacho la pretendida división de las confesiones de los Téllez por parte del sentenciador, para, por lo mismo, violar el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal. Los asertos del acusador son formulados de manera ciertamente inteligente, pero sin amparo en la realidad procesal; son simples afirmaciones que se escapan al contenido de los autos.

"En lo que respecta a la llamada confesión de Arango, ella no podía aceptarse en su integridad, puesto que la desvirtuaban plurales testimonios de personas presenciales de los sucesos. De ninguna manera puede aceptarse que Arango agrediera a los Téllez por encontrar en peligro su integridad personal o por defender sus bienes: este es un postulado perfectamente gratuito, al que no puede concedérsele siquiera la importancia de discutírsele. Ni subjetiva ni objetivamente, Arango vio su vida o su integridad personal en peligro por la actividad de los Téllez; fue él, solamente él el que les injuriara y atacara, y quien les obligó a tomar una defensa justa frente a las agresiones injustas con que él hizo poner en grave peligro sus propias vidas. Ni el artículo 24 ni el artículo 25 del Código Penal han sido objeto de violaciones por el Tribunal".

Consideraciones de la Sala.

Al examinar ponderadamente los elementos de juicio aportados al proceso, tanto en la primera como en la segunda instancia, el Tribunal halló una mayor consistencia probatoria en aquellos que, en su conjunto, incriminan a Jaime Alfonso Arango Cardona como penalmente responsable de las lesiones personales inferidas a Benedicto Téllez Cruz y a su hijo Lino Antonio. Ese mismo análisis probatorio lo condujo a considerar desvirtuada la confesión calificada del procesado Arango. De allí que se estimara legalmente autorizado para descomponerla o dividirla. En ese proceso de confrontación esta Sala no advierte apreciación arbitraria de los hechos, pero ni siquiera un error ostensible o manifiesto en la estimación de la prueba.

Son ya numerosas las ocasiones en que la Sala ha tenido la oportunidad de expresar, a propósito de la causal segunda de casación, el concepto de que la finalidad esencial de ésta es la de remediar o subsanar los protuberantes errores en que haya incurrido el fallador de segundo grado, y que en manera alguna se encamina a producir un replanteamiento valorativo de los elementos de convicción ya estudiados y analizados por el Tribunal, sin desatender su sentido natural, porque ello implicaría la sustitución de un razonamiento por otro, vulnerando el mínimo de autonomía conceptual, que es necesario salvaguardiar en el sentenciador de instancia. Fundada en tales principios, ha dicho y repetido también esta Sala, que el éxito de la causal segunda presupone yerro prominente, manifiesto, en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, o sobre los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad. Por tanto, si el error no es de tal índole, sino el que se pretende cimentar sobre simples diferencias de interpretación probatoria entre el fallo acusado y quien lo impugna, la causal aludida no puede prosperar.

La respuesta que a la Procuraduría Delegada han merecido los cargos formulados en la demanda, con apoyo en la causal segunda, es apodíctica. Sin extraviarse en detalles circunstanciales, consulta, en el fondo, la realidad procesal. Esta corporación comparte la esencia de sus conclusiones, y por ello estima innecesario exponer el mismo criterio en diferentes términos. No erró el *ad quem* cuando, al analizar las pruebas del proceso, descartó la causal de justificación alegada por el defensor de Arango Cardona, ni cuando, con fundamento en ese mismo examen, desechó la hipótesis modificadora de la responsabilidad prevista en el artículo 384 del Código Penal. Por lo demás, cabe anotar que no es acertado plantear en casación, recurso extraordinario de tan especiales características, situaciones jurídicas excluyentes, aunque una de tales situaciones se proponga con carácter subsidiario. La casación —se repite aquí— no es una tercera instancia. Quien acepta que alguien obró en riña suscitada de modo imprevisto, presupone la responsabilidad, puesto que aquélla es apenas una circunstancia modificadora de ésta. En consecuencia, tampoco prospera la causal considerada.

Causal primera. Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Afirma el demandante al amparo de esta causal:

"La sentencia del honorable Tribunal no estudió las disposiciones aplicables al caso que se analiza, no las citó, faltando así al deber que le impone el ordinal h) del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal. Se limitó a decir dicha sentencia, a folio 203:

" 'Por lo demás, no merece objeción alguna la sentencia condenatoria (la de primera instancia) en lo que atañe a la aplicación y graduación de las penas'.

"Y esa sentencia de primera instancia que no mereció objeción alguna para la Sala del Tribunal, había dicho en su considerando 4º, a folios 132 y 133:

" 'Dada la apreciación que de las secuelas hicieron los peritos médicos, resulta que Arango Cardona infringió el artículo 375 del Código Penal en armonía con el 374 y 377, ibídem, ya que ha habido, en Benedicto Téllez, la pérdida total del miembro superior izquierdo, amén de las nueve heridas restantes que constituyen —algunas— perturbación y deformidad física permanentes. Lino Antonio Téllez sufrió la amputación de la mano izquierda, teniendo entonces un concurso material de delitos de que trata el artículo 33 de la obra citada. La pena que le correspondía a Arango Cardona es, de conformidad con las disposiciones enunciadas: tres (3) años de presidio, por el brazo o miembro superior izquierdo de Téllez Cruz; un año por el resto (sic) sufridas por el mismo Téllez, y como concurren circunstancias de mayor y menor peligrosidad de conformidad con el artículo 39 del Código Penal, se complementa este aumento. Y un año más de presidio por mandato del artículo 33, o sea por el concurso material. En total se fijará, discrecionalmente, la sanción de cinco años de presidio con las respectivas accesorias de ley. SE RECONOCEN EN ARANGO CARDONA SU CALIDAD DE HOMBRE TRABAJADOR, SU EXCELENTE CONDUCTA ANTERIOR, LA EMBRIAGUEZ VOLUNTARIA Y SUS DESEOS DE RESARCIR LOS DAÑOS, según testimonio dado a Silvio Muñoz, legible a folio 103, fte. y vto.'. (Las mayúsculas las ha puesto el suscrito)".

Un segundo cargo surge de lo que en seguida se transcribe:

"Pero si se considera que por haber expresado tal sentencia, hacia el folio 203, que la de primera instancia 'no merece objeción alguna en lo que atañe a la aplicación y graduación de las penas', estimó pertinentes o aplicables para condenar a Jaime Alfonso Arango los artículos 375, 374, 377 y 33 del Código Penal, se llega a la conclusión indubitable de que la sentencia del Tribunal violó la ley sustantiva por no haber tenido en cuenta las verdaderas circunstancias que rodearon los hechos, las consecuencias realmente legales y científicas que dejaron las lesiones sufridas por Benedicto y Lino Antonio Téllez, y aplicó, por lo mismo, no las disposiciones que la ley manda aplicar, sino otras bien diferentes, con las cuales agrava sin justificación legal alguna la condición del procesado.

"En el experticio médico-legal de folio 5, se lee que Benedicto Téllez sufrió la 'amputación del brazo izquierdo por su tercio inferior'.

"Salta a la vista, honorable Magistrado, el error en que incurrieron los señores legistas, por cuanto si la amputación fue por el 'tercio inferior', no hubo, no pudo haber la 'pérdida del brazo' de que ellos hablan, sino la del antebrazo, que es apenas una parte de aquél.

"Ese error de los legistas incidió en la sentencia del honorable Tribunal, y por haber incidido en él se cayó en la violación de la ley.

"Porque no podemos olvidar, honorable Magistrado, que según lo enseñan los tratadistas de medicina legal, 'MIEMBRO es cualquiera de las cuatro extremidades del cuerpo que se articulan con el tronco...; para que exista su PERDIDA se necesita referirse a TODA SU EXTENSION ANATOMICA y capacidades funcionales' (las mayúsculas son mías)".

El tercero y último cargo se sustenta así:

"Pero aun en el supuesto de que fuese el artículo 375 el aplicable al caso que se estudia, no se ve el fundamento legal de la sentencia para aplicar al reo cinco años de presidio.

"Si de las varias lesiones sufridas por Benedicto Téllez, la más grave fue la que ocasionó, mediante intervención quirúrgica, la amputación del brazo izquierdo, la más grave, es la pena que corresponde a esa lesión la que debe aplicarse, por ministerio del artículo 377 del Código Penal. Pero en este caso la sanción que se impone para el delito más grave *absorbe* las que podrían imponerse por las lesiones menos graves sufridas por el mismo ofendido.

"Y como el Tribunal, basándose en el artículo 375, ya citado, impone una sanción de tres (3) años por la amputación del brazo, o mejor, del antebrazo, y *un año más* 'por el resto de las lesiones' sufridas por el mismo Benedicto Téllez, ha violado la ley en forma protuberante y clara.

"En cuanto a la lesión de que fue víctima Lino Antonio Téllez, y que como consecuencia ocasionó la amputación de la mano izquierda, ella debe sancionarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 del Código Penal, el cual permite aplicar, cuando hay concurso material de delitos, hasta otro tanto de la pena impuesta por el más grave".

Se considera:

a) No violó el Tribunal la regla contenida en la letra h) del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, porque como bien lo anota el demandante, en el fallo acusado se dijo expresamente que "no merece objeción alguna la sentencia condenatoria (la de primera instancia) en lo que atañe a la aplicación y graduación de las penas", lo que en el fondo equivale a "citar las disposiciones legales aplicables". El cargo es ineficaz.

b) El segundo cargo implica un aspecto probatorio que sólo era posible proponer y sustentar dentro del ámbito de la causal segunda. No lo hizo así el impugnador. Su ineptitud, dentro de la causal primera, es manifiesta. En consecuencia, no puede ser considerado.

c) En cuanto al último cargo, es evidente que el *ad quem* incurrió en error al señalar un aumento de un año "por el resto de las lesiones sufridas" por Benedicto Téllez, puesto que de acuerdo con el artículo 377, esa agravación no resulta pertinente, aunque debe observarse que en la fijación de la pena los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta, contra lo dispuesto por el artículo 36 del Código Penal, "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso" ni "los motivos determinantes". El cargo se justifica y, por tanto, habrá de invalidarse parcialmente el fallo acusado.

Conviene agregar que aun con la deducción de pena que será decretada en la parte resolutiva de la presente sentencia, no podrá ordenarse la libertad del procesado con fundamento en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que, como lo observa el señor Procurador al conceptuar sobre la solicitud que aquél formulara a la Corte en tal sentido, la detención de Arango Cardona se produjo en virtud de providencia del 17 de marzo de 1960, proferida por la Alcaldía Municipal de El Dovio (fs. 17 y 18, cuad. 1º).

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, *invalida* parcialmente el fallo recurrido, a efecto de imponer a Jaime Alfonso Arango Cardona la pena principal de cuatro (4) años de presidio, como responsable de los delitos de lesiones personales en Benedicto Téllez Cruz y Lino Antonio Téllez Duque. En lo demás rige el expresado fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DEFENSA FORMAL EN EL PROCESO PENAL.—CAUSAL CUARTA DE CASACION

Es evidente que el reo careció de una verdadera defensa formal en el proceso, pues el apoderado que éste designó se abstuvo de cumplir con los deberes que su cargo le imponían, toda vez que no presentó ningún alegato en defensa de su cliente, sujeto completamente analfabeto, ni interpuso ningún recurso, ni solicitó oportunamente ninguna prueba, por cuanto el memorial que presentó, cuando aún no se había cerrado la investigación, en el cual se pidió se practicara la reconstrucción de los hechos, fue extemporáneo, y, por lo tanto, completamente inane, razón por la cual el Juez del conocimiento se abstuvo de decretar dicha prueba.

En relación con la importancia y trascendencia de la defensa en el proceso penal, esta Sala, en fallo de casación de fecha 19 de noviembre del año pasado, expuso lo siguiente:

"El derecho de defensa en juicio, según lo expresa Carrara, 'no es un privilegio ni una concesión', otorgada por el Estado, sino 'un verdadero derecho originario del hombre, y por ello inalienable'. Este eminente maestro añade que al anterior principio se asocia el "que también la sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita, no de una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable. Y, de este modo, la defensa no es solamente de orden público secundario, sino de orden público primario".

".....

"La defensa en juicio, pero de una manera especial en el proceso penal, de la persona y de sus derechos no se puede realizar plenamente y en su más noble expresión humana, sin la intervención del abogado".

La efectiva defensa formal del sindicado era más importante y necesaria en este proceso, no solamente porque en éste se aplicó un procedimiento excepcional y restrictivo de los medios y oportunidades de la defensa en juicio, sino porque además, el acusado es persona completamente carente de instrucción y analfabeta, quien a pesar de esto hizo desesperados pero ineficaces esfuerzos por defenderse "en causa propia", presentando varios memoriales mal redactados y sin ninguna técnica jurídica, que fueron firmados a ruego y redactados por extraños al proceso y a las disciplinas jurídicas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El Juez Segundo Superior de Manizales, en sentencia del 16 de junio de mil novecientos sesenta y uno, resolvió:

"1º *Se absuelve* a los imputados José Miguel Marín Blandón y María Graciela Cañaveral Arenas, de condiciones civiles y personales conocidas en este proceso, por todos los cargos que les fueron creados en diligencia de indagatoria y por los cuales aparecen ligados a este proceso, adelantado por los delitos de 'homicidio', 'incendio' y 'lesiones personales', en perjuicio de Jesús Antonio Piedrahíta y Rosa Elvira Gómez.

"2º *Se sobresee temporalmente* en favor de cada uno de los implicados Camilo Antonio Muñoz Jiménez y Domingo Antonio Cañaveral Arenas, individuos de condiciones civiles y personales conocidas en este proceso, por los cargos que les fueron creados y por los cuales fueron oídos en diligencia de indagatoria, a fin de que reabierta la investigación se continúe su trámite hasta su total perfeccionamiento".

Al revisar, por consulta, el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Manizales, en sentencia del cuatro de octubre del mismo año, revocó el punto segundo de la parte resolutiva de aquel fallo, en cuanto se sobreseyó temporalmente a favor del sindicado Domingo Antonio Cañaveral Arenas, y en su lugar se lo condenó

a la pena principal de diez y siete años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Contra la sentencia de segunda instancia este sindicado oportunamente propuso el recurso extraordinario de casación, el que concedido, admitido y debidamente tramitado, se procede a resolverlo por medio de esta providencia.

Antecedentes.

Los hechos que dieron origen a este proceso los resumió el *a quo* en los términos siguientes:

"En la noche comprendida entre el diez y once de agosto del año de mil novecientos sesenta, se hallaban recogidos en una humilde residencia ubicada en la finca conocida con el nombre de 'Maravilla', dentro de la vereda de igual nombre y en la comprensión Municipal de Samaná, los esposos Jesús Antonio Piedrahíta y Rosa Elvira Gómez, acompañados de sus hijos Pedro Manuel y María Lina. Aproximadamente a la una y media de aquella noche la señora Gómez de Piedrahíta despertó sobresaltada al ver el resplandor de un fuego que alguien había prendido en la residencia: notificó a su esposo, y se dieron a la tarea de salvar sus escasas pertenencias. Dedicados a esta labor, en un momento en que salía Jesús Antonio recibió impactos de arma de fuego que en contados segundos le ocasionaron la muerte, dada la naturaleza esencialmente mortal de las heridas. Reaccionó la esposa ante el aleve ataque, y con lo que encontró a mano (piedras que recogió del suelo) trató de alejar a su gratuito agresor: recibó también un impacto de igual arma que le ocasionó lesiones, aun cuando no de gravedad. El delincuente, consumada su obra, emprendió la fuga, y más tarde, notificado el Alcalde Municipal de aquella cabecera, practicó la diligencia de levantamiento del cadáver de Piedrahíta".

La Alcaldía Municipal de Samaná inició la investigación el 11 de agosto de 1960, en virtud de denuncia presentada por Hernando García. Una vez perfeccionado el sumario, las diligencias fueron enviadas a los Jueces Superiores, habiéndole correspondido el conocimiento del negocio, por reparto, al Juez Segundo Superior de Manizales, quien dispuso la ampliación del sumario, por auto del 26 de septiembre de 1961, para que se practicaran las pruebas señaladas en esta providencia.

El sindicado Cañaveral Arenas designó como su apoderado al doctor Adolfo Vélez Echeverri, quien se limitó a solicitar la diligencia de reconstrucción de los hechos, antes de cerrarse la investigación, prueba que le fue negada en providencia del 12 de abril de 1961, por considerar que cuando se solicitó estaba vencido con exceso el término de instrucción señalado en el Decreto 0012 de 1959, que se aplicó en la tramitación del proceso, considerando, además, que esta prueba podía solicitarse dentro del término probatorio de la segunda instancia.

Cerrada la investigación, por auto del 27 de abril de 1961, se dispuso, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959, poner el proceso a disposición de las partes en la Secretaría, por tres días, para la presentación de los alegatos. El apoderado de Cañaveral se abstuvo de presentar alegato dentro de este término y tampoco lo hizo en la segunda instancia, habiendo también omitido el solicitar nuevamente la práctica de ninguna prueba en el trámite de la segunda instancia, seguramente porque no le fue notificada personalmente la providencia en que se dispuso, por el Tribunal, que permaneciera el expediente en la Secretaría por el término de tres días, a disposición de las partes, para que manifestaran si tenían pruebas qué aducir.

En providencia del 30 de julio de 1961 el Tribunal dispuso fijar el negocio en lista por el término común de cinco días. Durante este término únicamente el sindicado Cañaveral Arenas presentó un alegato firmado a ruego por Guillermo Cifuentes, por no poder aquél firmarlo por ser completamente analfabeto.

Demanda.

El reo Domingo Antonio Cañaveral confirió poder especial a abogado inscrito en la Corte, con el fin de que sustentara el recurso de casación, presentando la respectiva demanda; mandato que cumplió el apoderado, quien oportunamente presentó la demanda de casación, la que se ajusta a los requisitos que la técnica y la ley exigen en estos casos. En dicha demanda se invocan, en su orden, las causales cuarta y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Con invocación de la causal cuarta de casación, que establece que la sentencia acusada "es violatoria de la ley procedimental por haber sido proferida en un proceso viciado de nulidad", el actor propone tres cargos, los cuales, en su concepto, constituyen otras tantas nulidades supralegales, por haberse incurrido en las irregularidades procesales, en que los hace consistir, en violaciones de las formas propias del juicio.

Estos cargos pueden resumirse así: 1º Porque al reo y recurrente se lo juzgó y condenó quebrantando la garantía del derecho de defensa en juicio; 2º Porque en el juzgamiento se dio aplicación al procedimiento establecido en el Decreto 0012 de 1959, "que restringe los derechos del procesado, en lugar del consagrado en el Código Procesal Penal ordinario, que es más favorable al procesado"; 3º Por cuanto en el juzgamiento se violó lo dispuesto en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, "que manda que el auto por medio del cual se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen pruebas que solicitar", "no fue notificado personalmente al defensor".

El cargo que el recurrente formula a la sentencia impugnada, con invocación de la causal segunda, lo resume él mismo en los términos siguientes:

"El honorable Tribunal Superior en la sentencia recurrida le dió un valor probatorio que no tienen, los testimonios de la señora Rosa Elvira Gómez de Piedrahíta y a los de sus hijos, ambos menores de edad. Incurrió en error de apreciación el honorable Tribunal cuando en la sentencia recurrida le dio el valor de plena prueba al antecedente de enemistad existente entre Domingo Cañaveral Arenas y Jesús A. Piedrahíta, interpretación errónea de los hechos que determinan quebrantamiento del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal. Incurrió también en error de apreciación el honorable Tribunal al tomar en cuenta el reconocimiento efectuado por la señora Rosa Elvira Gómez de Piedrahíta, del reconocimiento que ésta hizo en rueda de presos del sindicado Domingo Cañaveral Arenas, ya que dicha señora lo conocía suficientemente con anterioridad a la ocurrencia de los hechos delictuosos, y sobre quien pesaba precisamente la imputación de la declarante.

"Por último señalo otro hecho, al que el honorable Tribunal Superior le dio un valor probatorio que no tiene, y es el de la coincidencia del remiendo que tenía el pantalón de Cañaveral Arenas y la imputación sobre este hecho que hizo la señora Rosa Elvira Gómez de Piedrahíta, al afirmar bajo la gravedad del juramento que el asaltante de la noche de autos tenía precisamente un remiendo en el pantalón".

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su vista de fondo, solicita que se case la sentencia acusada, por cuanto "se halla plenamente comprobado el primer cargo 'formulado con base en la causal cuarta de casación', por lo cual manifiesta que se abstendrá" de darle respuesta a los otros motivos de impugnación planteados en la demanda.

Para fundamentar su concepto y pedimento, el señor colaborador Fiscal razona de la manera siguiente:

"En el primer cargo que se hace contra la sentencia del Tribunal, fundamentado en la causal 4ª de casación prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el señor apoderado expresa:

" 'En el caso de mi defendido, tenemos que durante las diligencias de indagatoria y ampliaciones de la misma, estuvo asistido por persona 'honorable' pero que no tenía la calidad de abogado titulado. Esa situación siguió vigente hasta el día 3 de marzo de 1961, en que le fue reconocida la personería judicial al señor doctor Adolfo Vélez Echeverri (fl. 90 v.), pero aparte del memorial visible al folio 92 del informativo, en que el señor apoderado solicita al señor Juez que ordene la práctica de la diligencia de reconstrucción de los hechos, nada hizo el señor apoderado para defender los intereses de su cliente. Es conveniente observar que en el diligenciamiento ya se había decretado una ampliación 'por el improrrogable término de veinte días' (fl. 69), habiendo procesado detenido. Luego el señor Juez no podía atender la petición del señor apoderado por cuanto que en estas condiciones no podía acceder el señor Juez, sin quebrantar el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, que sólo permite ampliaciones del sumario sólo por una vez cuando hay procesado detenido. Fuera de esa intervención del señor apoderado de Cañaveral Arenas, no existe ninguna otra dentro del acervo probatorio en la que haya procurado una mejor ubicación procesal de su representado.

" ' . . . . . .

" 'Demando la sentencia del honorable Tribunal Superior de Manizales que condenó a Domingo Antonio Cañaveral Arenas a la pena de 17 años de presidio e incorporales de rigor, porque en el juzgamiento del recurrente se quebrantó el derecho de defensa expresamente consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, generador de una nulidad supralegal' ".

"En efecto, está plenamente comprobado lo expuesto por el impugnador. A folios 90 vuelto y 91 vuelto aparece la posesión de sendos apoderados de los implicados o presumiblemente implicados en los delitos. La gestión del apoderado, que no defensor efectivo en el proceso, de Do-

mingo Antonio Cañaveral Arenas, se limita a la actuación inane de folio 92.

"Por parte alguna se advierten los requerimientos de que habla el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal para casos como el propuesto.

"Ahora bien, como el procedimiento aplicado en el negocio contra Cañaveral Arenas es el previsto en el Decreto 0012 de 1959, el que suprimió en su artículo 3º el auto de vocación a juicio y la audiencia pública en el delito de homicidio —entre los más eficaces e idóneos medios de defensa—, permitiendo únicamente el alegato de conclusión, no se necesita marcar énfasis en el hecho protuberante de que la ausencia de asistencia técnica en el último de los medios mencionados dejó al procesado analfabeto sin las invaluables e inalienables garantías de que tratan los artículos 26 de la Carta y 1º del Código de Procedimiento Penal.

"Es de lamentar que en casos como el cuestionado los juzgadores sigan ignorando lo que al respecto norman las disposiciones del Capítulo 3º, Título 4º, Libro 2º del Código Penal y el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal".

Estudio del recurso.

Es evidente que el reo Domingo Antonio Cañaveral Arenas careció de una verdadera defensa formal en este proceso, pues como se vio al hacer el resumen de la actuación procesal, el apoderado que éste designó se abstuvo de cumplir con los deberes que su cargo le imponían, toda vez que no presentó ningún alegato en defensa de su cliente, sujeto completamente analfabeto, ni interpuso ningún recurso, ni solicitó oportunamente ninguna prueba, por cuanto el memorial que presentó, cuando aún no se había cerrado la investigación, en el que pidió se practicara la reconstrucción de los hechos, fue extemporáneo, y, por lo tanto, completamente inane, razón por la cual el Juez del conocimiento se abstuvo de decretar dicha prueba.

En relación con la importancia y trascendencia de la defensa en el proceso penal, esta Sala, además de las razones expuestas en otras oportunidades, en reciente fallo de casación de fecha 19 de noviembre del año pasado, expuso lo siguiente:

"El derecho de defensa en juicio, según lo expresa Carrara, '*no es un privilegio* ni una *concesión*', otorgada por el Estado, sino 'un verdadero derecho *originario* del hombre, y por ello inalienable'. Este eminente maestro añade que al anterior principio se asocia el 'que también la sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita, no de una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del *verdadero* culpable. Y, de este modo, la defensa no es solamente de orden público *secundario,* sino de orden público *primario*'.

"Por esto, en su estudio sobre '*El derecho de defensa*', José Armando Seco Villalba explica que: 'el derecho de defensa en juicio, como derecho subjetivo, es el ejercicio de las facultades conferidas al individuo por las leyes sustantivas y formales, para oponerse a la pretensión penal o policial del Estado, o para responder a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado por un demandante, o, viceversa, para reclamar la tutela jurídica del Estado.

" 'El contenido jurídico del derecho de defensa es, en sentido positivo-legal, el conjunto de facultades presupuestas por el ordenamiento normativo; pero informando ese contenido jurídico, y en cuanto derecho fundamental auténtico, el derecho de defensa encarna el respeto a la existencia individual y la protección integral de la personalidad humana, en lo que 'el hombre tiene de sagrado e inviolable'. Constituye un derecho natural que tiene por esencia el derecho a la vida, a la seguridad y a la realización de los fines del hombre, y que es por su propia naturaleza inenajenable. El Estado, ni directa ni indirectamente, puede violarlo, y su racionalización jurídica, en modo alguno, debe hacer olvidar su carácter de derecho inherente a la naturaleza anímico-biológica del hombre'.

"Aunque nuestra Constitución Nacional, a diferencia de la de algunos otros países, como la de Italia y la Argentina, no contiene un texto que de una manera expresa establezca que el derecho de defensa 'es inviolable', o que 'a nadie se le puede privar del derecho de defensa', una reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, como desarrollo del artículo 26 de la actual codificación constitucional, ha reconocido, al lado de las nulidades taxativamente establecidas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado haya sido privado del derecho de defensa o no haya podido ejercitar este derecho, bien porque fueron violados derechos o prerrogativas especiales consagrados por la ley en su beneficio, o porque el abogado designado como defensor no cumplió en forma alguna y efectiva el deber profesional de ejercitar la defensa que le fue encomendada".

"..... "Del contenido de los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal se deduce, sin dificultad, que la defensa en el juicio penal, por medio de abogado, perito en las disciplinas jurídicas, es obligatoria para todos los procesados, ya que estos artículos establecen para el abogado designado como defensor, tanto por el acusado como por el Juez o funcionario de instrucción, la forzosa aceptación del cargo y el cumplimiento de los deberes que su calidad le imponen, pudiendo ser requerido y sancionado disciplinariamente por el Juez de la causa, cuando se niegue a desempeñar dicho cargo.

"Cuando la defensa técnica en juicio es obligatoria, como ocurre en nuestro Derecho Procesal Penal, la función del abogado defensor tiene el carácter de *servicio de necesidad pública,* según lo reconocen los expositores, entre los cuales basta citar a Vicenzo Manzini, quien al respecto expone: 'En relación con los estados procesales y a los actos en que la defensa es obligatoria, asume ella, en cambio, como ya lo hemos demostrado (n. 263), el *carácter de servicio de necesidad pública,* servicio para el cual se requiere precisamente que se trate de una actividad profesional que exige una especial habilitación del Estado, así como la obligación legal en los interesados de servirse de dicha actividad (art. 359, n. l., Cod. Pen.)'.

"Seguramente con el fin de proteger ese carácter de 'servicio de necesidad pública', que tiene el cargo del defensor o apoderado en los procesos penales, es por lo que el artículo 197 del Código Penal sanciona con arresto de un mes a un año, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, y suspensión en el ejercicio de la profesión por el mismo tiempo, al abogado defensor, que a sabiendas, perjudique los intereses de su defendido o representado. Por esto la naturaleza del ministerio ejercido por el abogado guarda una relación directa con el derecho de defensa en juicio.

"La defensa en juicio, pero de una manera especial en el proceso penal, de la persona y de sus derechos no se puede realizar plenamente y en su más noble expresión humana, sin la intervención del abogado".

En consecuencia, cabe concluír que el primer cargo formulado a la sentencia acusada, con invocación de la causal cuarta de casación, ha de prosperar, y, por lo tanto, dicha sentencia deberá invalidarse parcialmente, por lo que respecta al acusado Domingo Antonio Cañaveral Arenas, por cuanto aparece que a éste se lo juzgó y condenó con violación de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho de una defensa en el proceso penal.

La efectiva defensa formal del sindicado Cañaveral Arenas era más importante y necesaria en este proceso, no solamente porque en éste se aplicó un procedimiento excepcional y restrictivo de los medios y oportunidades de la defensa en juicio, sino porque, además, el acusado es una persona completamente carente de instrucción y analfabeta, quien a pesar de esto hizo desesperados pero ineficaces esfuerzos por defenderse "en causa propia", presentando varios memoriales mal redactados y sin ninguna técnica jurídica, que fueron firmados a ruego y redactados por extraños al proceso y a las disciplinas jurídicas.

Como según lo expuesto, prospera la causal cuarta de casación, primeramente invocada contra la sentencia acusada, es innecesario entrar en el estudio de la causal segunda, propuesta en último término en la demanda, por cuanto el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil es aplicable también a la casación penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º del Código de Procedimiento 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 concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *invalida* parcialmente la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior de Manizales el cuatro de octubre de mil novecientos sesenta y uno, en lo que respecta al reo Domingo Antonio Cañaveral Arenas, a fin de que se reponga el procedimiento a partir del auto en que se declaró cerrada la investigación, aplicando el procedimiento ordinario actualmente vigente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Juez del conocimiento por conducto del Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

Situaciones notoriamente incompatibles y opuestas. — Toda demanda de casación debe indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal o causales invocadas. — En las demandas no se pueden proponer conjuntamente peticiones y soluciones contradictorias. Causales 2ª y 1ª.

En la demanda se le plantean a la Sala, como fundamento de las causales invocadas —segunda como principal y primera como consecuencial—, situaciones notoriamente incompatibles y opuestas, como son la de la legítima defensa de la vida del reo y la circunstancia atenuante de la ira causada por grave e injusta provación y también la de la riña imprevista.

Estos planteamientos resultan incompatibles y opuestos, por cuanto la hipótesis de la legítima defensa necesariamente descarta toda responsabilidad penal; en cambio, las circunstancias atenuantes previstas en los artículos 28 y 384 del Código Penal presuponen una responsabilidad penal, aunque atenuada.

Al invocar la existencia de la legítima defensa, el actor solicita, como es obvio, que se invalide la sentencia acusada y se absuelva al acusado; pero al proponer las circunstancias atenuantes citadas, únicamente busca una invalidación parcial del fallo acusado, para que se atenúen las sanciones en él impuestas, de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones últimamente citadas.

Las opuestas pretensiones formuladas en la demanda de casación recíprocamente se destruyen, lo que le plantea a la Sala una situación imprecisa y carente de certeza en relación con la verdad procesal, que lógicamente la imposibilitan para saber en definitiva y con seguridad lo que precisamente pretende el actor, ya que sus proposiciones son incompatibles y recíprocamente se excluyen.

Uno de los requisitos que debe reunir toda demanda de casación, de conformidad con el artículo 531 del Código Judicial, aplicable también a la casación penal, es el que se indiquen en forma clara y precisa los fundamentos de la causal o causales invocadas; pero este requisito no se cumple cuando se proponen motivos de impugnación que necesariamente entrañan el planteamiento de situaciones y soluciones incompatibles, que recíprocamente se destruyen, ya que este planteamiento crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición de primer término descarta la de segundo término, y a su vez ésta descarta a aquélla.

Por esto, cuando en casación se proponen aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que sería la Corte la que tendría que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza especial del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda, la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o deficiencias.

En una demanda de casación perfectamente se puede sostener y tratar de demostrar que el reo condenado en la sentencia recurrida es completamente irresponsable, por tales o cuales razones. Pero sería completamente ilógico sostener: el reo es irresponsable, pero si esta situación no se acepta por la Corte, sería responsable, aunque en forma atenuada, por las mismas razones.

La acertada valoración de los mismos hechos o pruebas del proceso lógicamente no pueden conducir a demostrar, a la vez, que el reo es completamente irresponsable, o en subsidio, que sí es responsable, aunque con responsabilidad atenuada.

Ya esta Sala, en sentencia del 21 de febrero de 1962, T. XCVIII, Nos. 2251-2252, págs. 143 y siguientes, sostuvo con amplitud lo relativo a la invocación en casación de cargos incompatibles.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

Agotados los trámites propios del recurso extraordinario de casación, se procede a resolver sobre el propuesto por el reo Cristóbal Alvis Villarraga contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el veintiuno de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, por medio de la cual, al confirmar la de primer grado dictada por el Juez Penal del Circuito de Purificación, lo condenó a la pena principal de cuatro años de presidio, al pago de perjuicios y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de lesiones personales en José Domingo Feria Bonilla y Agustín Ortiz Morales.

Antecedentes.

Los hechos que originaron este proceso los relata el Juez de Primera instancia de la manera siguiente:

"El veintiséis de junio del año de mil novecientos sesenta, ya en las horas de la tarde José Domingo Feria Bonilla, en compañía de Acevedo Bonilla, llegó hasta la casa de don Francisco Quintero, situada en la vereda o fracción de Hilarco, de la jurisdicción de este Municipio, allí se encontraban varias personas, entre ellas Cristóbal Alvis Villarraga. José Domingo Feria Bonilla —más tarde ofendido, es decir, lesionado por Cristóbal Alvis V.— compró una tanda de cerveza para todos los que allí se encontraban, habiendo, desde luego, entrado en conversación con el resto de accidentales compañeros. Así las cosas, uno de los parroquianos, el que responde al nombre de Trifón Quimbayo, le hizo un reclamo a Alvis V., en el sentido de que por qué le había sacado a su sobrina, a lo cual Alvis V. le contestó con frases no por cierto muy corteses, que 'él se la había sacado porque como la había visto que se estaba muriendo de hambre...'. Terció en la conversación Feria Bonilla para decirle a Alvis V. que otro hilarcuno también podía haberlo hecho —se refería a una donación de que hacía gala Alvis V. para su enamorada—. Fue esta la razón para que Alvis Villarraga se diera a la tarea de lanzar improperios y calumnias contra la familia Feria Bonilla, llamándolos 'pelados' y que el padre de ellos (los Feria) se había muerto era de hambre, y que quién sabe cómo habían hecho para poderlo enterrar, palabras éstas que desde luego iban dirigidas a herir los sentimientos de quienes se sentían con algún nexo familiar con el extinto padre de los Feria Bonilla. Pero el acto agresivo de Cristóbal Alvis V. no paró allí sino que, acompañando a sus ofensivas palabras los actos, se lanzó en actitud combativa contra Feria, a quien le dijo que si no le había gustado, y con peinilla en mano se le fue encima. Sólo la intervención de algunos amigos hizo que aquello no degenerara en algo peor.

"Los amigos sacaron a Feria Bonilla, y con él, para evitar grandes desmanes por parte de Alvis V., se dirigieron a la casa de Rafael Quintero, en donde también se dieron a la tarea de tomar algunas cervezas; bueno es anotar que Acevedo Bonilla siempre acompañó a Feria Bonilla; una vez pedidas las cervezas se tiraron en una hamaca, y allí se quedaron rendidos. Aproximadamente a las dos y media o tres de la tarde llegó Cristóbal Alvis Villarraga, despertó a José Domingo Feria Bonilla, le pegó un jalón y le dijo: 'Domingo, párate y atendeme dos palabras, yo me levanté y lo seguí hasta que llegamos debajo de un totumo, dentro del solar de la misma casa de Rafael Quintero, y al llegar allí me dijo Alvis Villarraga: Hijo de puta, aquí es donde nos vamos a arreglar, sacando de una vez la peinilla (machete) dentro de la cubierta en que la cargaba, y sin darme lugar a nada, y encontrándome totalmente desarmado, me propinó un machetazo en la cabeza, en la parte superior, seguidamente me mandó otro machetazo en la cabeza nuevamente, y para esquivarle le metí la mano derecha, de la cual me hirió trozándome casi en su totalidad'. Sigue diciendo el ofendido que al ver tal situación y el grado de indefensión en que se hallaba, salió en huída, siendo perseguido siempre por Alvis V., y 'mi denunciado me mandó un tercer machetazo que me alcanzó a pegar en el brazo izquierdo a pocos centímetros del codo...'. Cita las personas que pudieran haberse dado cuenta de las heridas sufridas, también las que pueden declarar sobre su presanidad, dice que no era enemigo de Cristóbal Alvis Villarraga, y manifiesta que la única razón u origen de tal acto por parte de Alvis V. no puede ser otra que el hecho de haber tenido una discusión acalorada momentos antes, especialmente en lo relacionado con su concubina.

"De las lesiones al Comisario Agustín Ortiz Morales.

Dicho sea de paso, son consecuencia de las anteriores, es decir, Cristóbal Alvis Villarraga una vez hirió a Feria Bonilla, fue capturado o dete-

nido por el ciudadano de nombre Rafael Quintero Córdoba, quien se lo entregó momentos después al Comisario de la vereda, señor Agustín Ortiz Morales.

"Ortiz Morales, una vez con su detenido, pensó en presentarlo ante autoridad competente para que se le detuviera y se iniciara la correspondiente investigación. Comprendió también que el llevarlo solo entrañaba un peligro, y por eso nombró a dos personas— Bautista Félix y Luis Yate— para que lo acompañaran en la conducción del preso. Así las cosas, y como Cristóbal iba en su caballo, optó por desmontarse en determinado sitio, y decirle al Comisario que le llevara la bestia mientras el cogía por otro camino. Ortiz Morales le entregó la bestia a Luis Yate y le pidió el favor a Juan Bautista Félix que lo acompañara con Alvis, pero éste se negó, tocole entonces seguir solo en persecución de Alvis, quien ya le había tomado buena ventaja en el camino; ya en predios de Francisco Gaitán Yepes, y cerca a una quebrada, Alvis V. se agachó, recogió unos guijarros y se los tiró al Comisario, no habiéndole pegado ninguno; momentos después Cristóbal Alvis agarró de la cintura al Comisario, así se fueron al suelo, y vale decir, Alvis le quitó la peinilla que portaba el Comisario, peinilla que entre otras cosas era la misma de Alvis, con la cual hirió a Feria Bonilla, y que estaba era decomisada. Con esa misma peinilla que momentos antes le había servido para herir a Feria, se dio a la tarea de atacar a Ortiz Morales".

Al ofendido Feria Bonilla le quedaron, como consecuencia de las lesiones, según el último reconocimiento médico: "perturbación funcional permanente, irreparable, pérdida de los movimientos de extensión de la mano sobre el antebrazo y de la extensión forzada de los dedos sobre la mano, del lado derecho".

Al Comisario Ortiz Morales le quedó como consecuencia definitiva de las heridas que le causó el sindicado Alvis Villarraga: "perturbación funcional transitoria, reparable únicamente por medios quirúrquicos, consistente en la pérdida de los movimientos de flexión y extensión de los dedos de la mano izquierda".

El Inspector Municipal de Policía inició y adelantó separadamente las investigaciones, con fundamento en las denuncias formuladas por los ofendidos, pero el Juez del conocimiento, en auto del catorce de febrero de 1961, decretó la acumulación de los dos sumarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto número 0012 de 1959, cuyo procedimiento se aplicó en la tramitación del juicio.

El *ad quem* estudió separadamente lo relativo a las lesiones causadas a Feria Bonilla y a Ortiz Morales, concluyendo que las disposiciones aplicables son las establecidas en los artículos 33, 186 y 374 del Código Penal.

En los considerandos se expresa en los términos siguientes:

" 'La numerosa prueba testimonial que existe contra Alvis y la confesión del procesado acreditan su autoría en las heridas recibidas por José Domingo Feria. La declaración del ofendido, prueba indiciaria, y la confesión calificada del procesado acreditan igualmente su autoría en el otro delito'.

" 'La numerosa prueba testimonial que existe contra Alvis en relación con las heridas a Feria es completa, ya que los testigos presenciaron los hechos, y no hay fundamento para considerarlos sospechosos. Por esa razón es inaceptable la confesión explicada de Alvis, quien sostiene que Bonilla lo atacó primero'.

" 'Ninguno de los testigos le vio arma a Feria, y en cambio sí se la vieron a Alvis. El primero después del incidente en casa de Francisco Quintero, y para evitar complicaciones se retiró a casa de Rafael Quintero, donde se acostó, y allí fue a buscarlo Alvis, quien lo levantó. Ello está indicando que no pudo ser Feria el primer agresor, sino que la agresión partió del que fue a buscarlo. La imparcialidad de los testigos surge del hecho de ser todos amigos de la víctima y del victimario como integrantes de la misma región. Tampoco se comprobó enemistad entre Feria y Alvis' ".

"En lo que respecta a las lesiones de Agustín Ortiz, dice el Tribunal":

" '... Independientemente de la confesión de Alvis está la declaración del ofendido y el indicio gravísimo de haber sido herido Ortiz cuando conducía solo por un desecho a Alvis Villarraga, y haberle visto a éste últimamente un arma, que precisamente se la quitó Rafael Quintero para entregársela al Comisario... Es cierto que no hubo testigos presenciales del momento consumativo del hecho para conocer sus antecedentes inmediatos; pero aun aceptando la confesión de Alvis, ella descartó la legítima defensa, pues este mismo nos dice que el peligro dejó de ser actual y desapareció cuando desarmó al Comisario. Bastaba desarmarlo para evitar todo el peligro. 'Le quité la peinilla y le tiré para defenderme', es una frase contradictoria, porque si le arrebató el arma no necesitaba defensa, y, por el contrario, era el otro el que corría peligro".

" 'Sin embargo, uno de los vasallos nombrados por el Comisario sostiene que Ortiz empujó a

Alvis cuando Quintero lo entregó. También aparece que el Comisario era pariente de Feria. Esta declaración y este hecho hace surgir una duda en relación con la imparcialidad del Comisario; y si éste empujó a Alvis, la actuación del último obedeció a la cólera que le dio al verse maltratado injustamente. El hecho de que Alvis fuera detenido por la comisión de un delito no autorizaba a Ortiz ni para empujarlo ni para amenazarlo como lo asevera el procesado''.

'' 'Pero de todas maneras, con amenazas o no, al desarmar Alvis al Comisario desapareció el peligro para el primero, quien no puede alegar la legítima defensa ni siquiera subjetiva''.

'' 'Presentada esta duda por falta de testigos presenciales, diferentes de la víctima, el Tribunal se inclina a aceptar no la legítima defensa sino el hecho de los maltratamientos injustos que determinaron al agente activo del delito de actuar bajo el impulso de la cólera por la injusta provocación. Y es una provocación el maltratar e insultar a un detenido' ''.

Demanda de casación.

El recurso fue sustentado por un distinguido abogado, en demanda presentada oportunamente, en que se impugna la sentencia acusada invocando primeramente y como principal la causal segunda de casación del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y como consecuencial la primera de dicho artículo.

La causal segunda la fundamenta el actor tratando de demostrar que las lesiones sufridas por José Domingo Feria ''fueron cometidas en legítima defensa, o al menos en estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación; y las causadas a Agustín Ortiz Morales ''fueron cometidas en legítima defensa, o en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, o en riña imprevista''.

Para comprobar estas hipótesis o planteamientos incompatibles y contrarios, el impugnador, después de hacer un resumen recortado y a veces en desacuerdo con el verdadero contenido de los numerosos testimonios tenidos en cuenta por los falladores de instancia, hace una crítica acomodaticia de dichos testimonios, con el objeto de demostrar que: ''por errada interpretación o apreciación de los hechos en la sentencia se les atribuyó un valor que no tienen a los que sirvieron para condenar por un simple delito de lesiones personales, a otros se les negó el que sí tienen, y no se tuvieron en cuenta otros, a pesar de estar acreditados en el proceso, siendo que son determinantes, modificadores de la responsabilidad e influyeron de las sanciones''.

Con el propósito de fundamentar la causal primera y establecer que la sentencia es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma, el demandante expone lo siguiente:

''El Tribunal aplica la pena del artículo 374 del Código Penal, en concurso. El delito más grave —dice— es el perpetrado en Feria Bonilla, y por eso señala tres años de presidio y la pena 'se aumenta en un año más por razón del otro delito, dando un total de pena definitiva de cuatro años de presidio, tal como la impuso el Juez, aunque por otros conceptos'.

''*Ya se dijo que el hecho se realizó en legítima defensa,* y no puede dictar sentencia condenatoria sin que exista prueba plena o completa de la infracción y de la responsabilidad, según el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

''Ahora bien, no hay lugar a responsabilidad en los casos de justificación del hecho (art. 24 del C. P.), y el hecho se justifica en el caso de defenderse de una violencia actual e injusta contra la persona (ord. 2º del art. 25 del C. P.), tal como aquí acontece, según el examen de las pruebas que se deja hecho por medio de la causal segunda, en ambas ocurrencias de lesiones personales, en las ocasionadas a Domingo Feria como en las causadas a Agustín Ortiz.

''La sentencia recurrida debe, pues, invalidarse, para en su lugar absolver al sindicado de los cargos hechos en el proceso, como lo solicito con todo acatamiento.

''*La provocación.* En subsidio, pido que se aplique la pena del artículo 374 del Código Penal, pero disminuyendo la sanción a la tercera parte del mínimo, o sea a ocho meses de presidio, aumentándola en cuatro meses, por el otro delito, realizado en las mismas circunstancias, lo que daría doce meses. Y como esa pena está cumplida con exceso, aun en el evento de que se aumentara hasta en otro tanto ese mínimo, por los dos delitos, el acusado debe ser puesto inmediatamente en libertad.

''La circunstancia de la indefensión de la víctima, para las lesiones en Domingo Feria, no está probada, como se dejó visto en el estudio de la causal anterior.

''*Lesiones en riña y lesiones por provocación.* En subsidio de que no se admita la causal, según el punto anterior, pido que se aplique la sanción para las lesiones en Agustín Ortiz, como cometidas en riña imprevista, lo que dará un año de presidio, aumentada en cuatro meses por las

lesiones en Domingo Feria, causadas por provocación injusta y grave.

"En estas dos últimas ocurrencias, la sentencia recurrida debe invalidarse, para proceder de conformidad con el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal. La multa y las accesorias han de modificarse de conformidad".

Réplica de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita "que se deseche el recurso por no justificación de las causales aducidas".

Para llegar a esta conclusión, previamente hace un estudio pormenorizado, objetivo e imparcial de cada uno de los numerosos testimonios que sirvieron a los falladores de instancia, demostrando en forma adecuada que éstos no incurrieron en error protuberante en la estimación de aquellas declaraciones, y que por tanto, el actor no logró comprobar la tesis de la legítima defensa de la vida, con que obró el acusado Alvis Villarraga al lesionar gravemente a José Domingo Feria y al Comisario Agustín Ortiz Morales.

En relación con las circunstancias atenuantes, que el actor pretende hacer valer, en subsidio de la legítima defensa, el señor colaborador Fiscal, con todo fundamento, expresa lo siguiente:

"La riña imprevista, contemplada por el artículo 384 del Código Penal, no entra a ser demostrada por el demandante; sencillamente la plantea en el supuesto de que no se acepte su tesis de que Alvis obró en legítima defensa, así como también plantea el estado de ira e intenso dolor del artículo 28 del Código Penal, si se da el caso de que ninguna de las dos situaciones jurídicas anteriores se adjudiquen a Alvis.

"No arguyendo nada sobre cualquiera de estos aspectos, el Ministerio Público no está en la obligación de entrar a combatir argumentos que no se proponen, o de entrar a rebatir tesis que son nudamente enunciadas. No puede esta omisión achacarse a carencia de conocimientos precisos sobre la técnica de casación imputable al opositor. Basta conocer su prestigio para que el argumento se caiga por su propio peso. Pero si, en cambio, propició impresionantemente las apariencias de cualquiera de esas figuras jurídicas —legítima defensa, riña imprevista, ira e intenso dolor— para dejarlas desguarnecidas en la realidad demostrativa.

"La confesión del sindicado al tenor del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, no puede presumirse verídica para el caso de autos, porque las versiones de Yate y Félix Bautista son sensiblemente parciales en lo que les atañe, y no emanan, propiamente, de testigos presenciales de los hechos. La diligencia de inspección ocular no destruyó, en concepto de este Despacho, la versión del Comisario Ortiz de haber sido atacado a piedra por Alvis. El precisó el sitio en el cual existen guijarros de los cuales usó Alvis para agredirlo.

"En cuanto al hecho de que hubiera empujado el Comisario a Alvis, no le da este Ministerio credibilidad por provenir del declarante Yate, que se negó a cumplir las órdenes de su superior. Bien obró el Tribunal al conceder alguna parcialidad a la relación del Comisario por el hecho de ser pariente de Feria, pero esta reticencia no da fundamento suficiente para opinar con certeza que le moviera un ánimo de venganza contra Alvis, golpeándole inicialmente y amenazándole de muerte, posteriormente.

"La causal segunda, exhaustivamente estudiada en su presentación de cargos contra la sentencia del Tribunal de Ibagué y en relación con las lesiones que sufrieran Feria y Ortiz de manos de Alvis, debe considerarse como no demostrada. Este es el criterio de la Procuraduría sobre ello".

Con respecto a la causal primera de casación propuesta como consecuencial de la segunda, el señor Agente del Ministerio Público únicamente manifiesta que: "no habiéndose encontrado demostración de la causal segunda se hace inoficioso el estudiar los aspectos propuestos por el recurrente para sacar avante la causal 1ª".

Estudio del recurso.

Como se vio, en la demanda se le plantean a la Sala, como fundamento en las causales invocadas, situaciones notoriamente incompatibles y opuestas, como son la de la legítima defensa de la vida del reo Alvis Villarraga, la que se propone como principal, en relación con los lesionados Feria Bonilla y el Comisario Ortiz Morales, y subsidiariamente la circunstancia atenuante de la ira causada por grave e injusta provocación, para el primero, y también subsidiariamente esta atenuante o la de la riña imprevista, con respecto a las lesiones causadas al segundo.

Estos planteamientos resultan incompatibles y opuestos, por cuanto la hipótesis de la legítima defensa necesariamente descarta toda responsabilidad penal; en cambio las circunstancias atenuantes previstas en los artículos 28 y 384 del Código Penal presuponen una responsabilidad penal, aunque atenuada.

Al invocar la existencia de la legítima defensa, el actor solicita, como es obvio, que se invalide la sentencia acusada y se absuelva al acusado; pero al proponer las circunstancias atenuantes citadas, únicamente busca una invalidación parcial del fallo acusado, para que se atenúen las sanciones en él impuestas, de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones últimamente citadas.

Las opuestas pretensiones formuladas en la demanda de casación recíprocamente se destruyen, lo que le plantea a la Sala una situación imprecisa y carente de certeza en relación con la verdad procesal, que lógicamente la imposibilitan para saber en definitiva y con seguridad lo que precisamente pretende el actor, ya que sus proposiciones son incompatibles y recíprocamente se excluyen.

Uno de los requisitos que debe reunir toda demanda de casación, de conformidad con el artículo 531 del Código Judicial, aplicable también a la casación penal, es el que se indiquen en forma *clara y precisa* los fundamentos de la causal o causales invocadas; pero este requisito no se cumple cuando se proponen motivos de impugnación que necesariamente entrañan el planteamiento de situaciones y soluciones incompatibles, que recíprocamente se destruyen, ya que este planteamiento crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición de primer término descarta la de segundo término, y a su vez ésta descarta a aquélla.

Por esto, cuando en casación se proponen, aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que sería la Corte la que tendría que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza especial del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda, la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o deficiencias.

En una demanda de casación perfectamente se puede sostener y tratar de demostrar que el reo condenado en la sentencia recurrida es completamente irresponsable, por tales o cuales razones. Pero sería completamente ilógico sostener: el reo es irresponsable, pero si esta situación no se acepta por la Corte, sería responsable, aunque en forma atenuada, por las mismas razones.

La acertada valoración de los mismos hechos o pruebas del proceso lógicamente no pueden conducir a demostrar, a la vez, que el reo es completamente irresponsable, o en subsidio, que sí es responsable, aunque con responsabilidad atenuada.

En relación con la invocación en casación de cargos incompatibles, esta Sala, en sentencia del 21 de febrero de 1962, sostuvo lo siguiente:

"Es una cuestión indiscutible que la demanda de casación, al igual que toda demanda, debe ofrecer un punto concreto de controversia y de estudio, y una precisa y clara solicitud. Al presentarse en ella soluciones excluyentes y alternativas sugiere la sospecha de que no existe seguridad en la tesis que se propugna, o que la cuestión quedó mal planteada.

"En el caso al estudio el demandante destruye completamente su primera tesis sobre la legítima defensa del acusado al plantear a continuación y conjuntamente, como situaciones comprobadas, las de la riña imprevista y de la ira o intenso dolor provocado por injustas agresiones, pues la primera tesis entraña una causal de justificación, que de comprobarse, conduciría a la absolución del reo, y las segundas situaciones solamente darían lugar a una atenuación de la responsabilidad y una rebaja de la pena impuesta en la sentencia acusada.

"Invocando la tesis de la legítima defensa, el actor pretende que se invalide la sentencia condenatoria y se absuelva al acusado; y alegando las situaciones atenuantes previstas en los artículos 28 y 384, propugna por una invalidación parcial del fallo, para que se atenúe la pena impuesta en él.

"Dados estos planteamientos, y la forma imprecisa y vaga como se formula la petición con que termina la demanda, la Sala se encuentra imposibilitada para saber en definitiva y con seguridad qué es lo que pretende el actor, pues las deducciones y pretensiones de éste son incongruentes e incompatibles.

"Es principio jurídico universal, aplicable a todas las demandas, el que en ellas no se puedan proponer conjuntamente peticiones y soluciones contradictorias, y esto resulta claro porque no hay sistema jurídico alguno que pueda basarse en el desconocimiento del principio de contradicción, ya que hasta la simple razón natural pugna porque no puedan decretarse en una misma sentencia cosas contrarias e incompatibles entre sí.

"Así, un reo de homicidio, por ejemplo, no puede alegar, al mismo tiempo, en su defensa la coartada y sostener, por otro lado, que mató a su víctima en legítima defensa, porque son dos situaciones de hecho que se excluyen entre sí, y, por lo tanto, son incompatibles y la elección

de cualquiera de estos medios de defensa destruye el otro.

"El artículo 7º del Código de Procedimiento Penal autoriza aplicar a los procesos penales, en cuanto lo consienta la índole de los mismos, los principios comunes a los juicios civiles, entre los cuales se encuentra el consagrado en el artículo 209 del Código Judicial, que permite ejercer a la vez y en una misma demanda varias acciones "siempre que concurran los siguientes requisitos: ... 3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

La Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que: "lo importante y fundamental en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener un resultado. Una petición mal fundada, sin técnica ni orientación, es inoperante".

Como en el recurso de casación que se estudia no se fundamentaron con claridad y precisión las causales invocadas, por contener el planteamiento de situaciones incompatibles y opuestas, la demanda de casación es inoperante, lo que impide que pueda prosperar el recurso propuesto.

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 Segundo Delegado en lo Penal, y de acuerdo con él, *no casa* la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO.—INVOCACION DE LAS CAUSALES CUARTA Y PRIMERA DE CASACION PENAL

Cuándo puede ser aplicado el procedimiento consagrado en el ordinal 6º del artículo 1º del Decreto 3347 de 1950. — Comprobación de los estados de "enajenación mental" y de "grave anomalía psíquica". — El concepto de defensa en las etapas del sumario y del juicio.

1. El procedimiento consagrado en el ordinal 6º del artículo 1º del Decreto 3347 de 1950 sólo puede ser aplicado cuando en el proceso se comprueba, en debida forma, que el delito lo cometió su agente "en estado de enajenación mental" o de "grave anomalía psíquica", como lo previene el texto legal en cuestión.

La "enajenación mental", enseñada por el profesor Nerio Rojas como "el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas", en manera alguna puede siquiera sospecharse a través del hecho, escueto y simple, de que el autor del delito lo hubiera cometido en estado de beodez.

El estado de "grave anomalía psíquica", distinto del de "enajenación mental", tampoco puede comprobarse mediante simples referencias testimoniales a ingestión de alcohol y a beodez concurrente en el procesado para el momento de consumar el delito, ya que su naturaleza, de suyo compleja e intrincada, requiere, en el objetivo de desentrañarlo y precisarlo, investigaciones lentas y difíciles, en torno al hombre, "traducido en justicia", comprensivas, como lo indica C. Simonin en su densa obra "Medicina Legal Judicial", de "todos los factores biológicos, psicológicos, mentales, morales, sociológicos, que han formado su personalidad y le han conducido al acto incriminado", investigaciones que sólo pueden estar al alcance de los médicos psiquiatras.

2. De acuerdo con el artículo 271 del Código de Procedimiento Penal, se llama sumario "la reunión de las diligencias propias para probar el cuerpo del delito, descubrir los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar su naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción".

Este entendimiento del sumario permite advertir que en su formación, el concepto de defensa, en su específico sentido y circunscritos alcances, ofrece escaso interés, lo que explica que en esa etapa del proceso la ley, en realidad, no acuerde reglamentación alguna en torno a semejante aspecto, del que en cambio, se ocupa, mediante toda clase de previsiones, en la del juicio.

En el sumario la asistencia del procesado está a cargo de un simple apoderado, cuya misión, sin ser ajena al criterio defensivo, se endereza a la vigilancia de los derechos de aquél, los cuales requieren de ella, en obligada intervención de apoderado, sólo al recibirle indagatoria.

De esta suerte, el Código de Procedimiento Penal, en orden a la etapa del sumario, no establece nulidades con relación al derecho de defensa, y las que tiene acordadas la jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Nacional, respecto de ese derecho, se refieren al juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 14 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a Carlos Enrique Suárez Castro, como res-

ponsable del delito de homicidio en Gustavo Emilio Tamayo Guerra, a la pena de nueve (9) años de presidio y accesorias correspondientes.

Hechos y actuación.

En la madrugada del 28 de octubre de 1960 Carlos Enrique Suárez, a la sazón Carabinero de la Policía Nacional, causó la muerte de su compañero de oficio Gustavo Emilio Tamayo, dentro de la tienda del señor Otoniel Pineda, situada en el paraje "El Calvario", comprensión del Municipio de Fredonia, mediante varios disparos que le hizo en ráfaga, luego de rápida como intrascendente discusión, con la carabina de su dotación oficial, hecho por el cual el Juzgado 3º Superior de Medellín, en auto del 17 de mayo de 1961, estimándolo como constitutivo del delito de homicidio simplemente voluntario, lo llamó a juicio.

De acuerdo con ese enjuiciamiento se interrogó al Jurado y como su respuesta fue de responsabilidad, dentro de los mismos términos en que se planteó el delito, el Juzgado, en sentencia del 4 de diciembre del año antepasado, condenó a Suárez Castro a la pena de nueve (9) años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 14 de mayo del año pasado.

Demanda de casación.

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación 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 los siguientes dos cargos:

a) La sentencia "es violatoria de la ley procedimental", puesto que se produjo "observando un procedimiento restrictivo de los derechos y garantías procesales", cuando el procesado tenía derecho a uno "más favorable a sus intereses", el cual no podía ser otro que el consagrado en el ordinal 6º del artículo 1º del Decreto 3347 de 1950, que dispone que en los casos "en que el agente haya cometido el delito en estado de enajenación mental o padeciere de alguna grave anomalía psíquica", corresponde hacer el juzgamiento sin intervención de Jurado.

El demandante, luego de que sienta estos enunciados, pasa a sostener que el procesado Suárez Castro, en el momento de cometer el delito, "padecía de una grave anomalía psíquica determinada por el alcohol", tesis para cuya demostración transcribe, en sus apartes partinentes, la indagatoria del acusado, quien manifiesta que el día de los sucesos estuvo "tomando unas cervezas"; la declaración del señor Otoniel Pineda, dueño de la tienda, quien refiere que el acusado y su compañero Tamayo Guerra, cuando llegaron allí, "ya estaban bastante embriagados", y se bebieron, además, "a docena cada uno de cerveza"; la del Subteniente Oliveros Rojas, quien afirma que en la captura, ocurrida en el mismo amanecer de autos, Suárez Castro "presentaba signos de embriaguez", fenómeno que apreciaron, de otra parte, el Teniente Rojas Orjuela, el Dragoneante Cardona Murillo y el Carabinero Medina Soto, según lo expresaron en sus respectivos testimonios, transcritos también en los apartes que importan.

En concepto del recurrente, estos elementos de juicio comprueban, "sin lugar a dudas, que el Carabinero Suárez Castro, en el momento de la comisión del ilícito que se le imputa, se encontraba en completo estado de enajenación mental ocasionado por el alcohol que había ingerido en la noche de los hechos", situación que conducía a que se le aplicase el procedimiento que prevé, para los delincuentes anormales, el predicho Decreto 3347 de 1950, procedimiento del que se prescindió, para en su lugar echar mano del ordinario, y así "se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional".

b) La sentencia acusada está afectada "de nulidad supralegal", puesto que al procesado Suárez Castro se le desconoció el "derecho de defensa durante el término de la instrucción sumaria y en el juicio", hecho que, en sentir del recurrente, aparece establecido si se observa que en la indagatoria, en la ampliación de la misma y en la inspección ocular estuvo asistido, con el carácter de apoderado, por un simple empírico, circunstancia que lo inhabilitó, en especial, para objetar, con la debida idoneidad, el dictamen pericial de aquella inspección, y para impugnar, mediante oportunas peticiones, "las pruebas de cargo que le iban apareciendo dentro del informativo" y, de otra parte, que el defensor, a más de no haber alegado en "la tramitación de la segunda instancia" del proceso, en la audiencia pública "se limitó a cumplir desapaciblemente con su deber", fuera de que ni a su iniciativa en el juicio, ni de apoderado en el sumario, se solicitaron pruebas, tales como un "examen de la personalidad del procesado" por parte del Instituto Central de Medicina Legal, "o cualquiera otra, tendiente a buscar una mejor situación jurídica" del mismo.

Respuesta:

Respecto del primero de los cargos reseñados, procede observar, a efecto de demostrar su manifiesta como absoluta inconducencia:

a) Que el procedimiento consagrado en el ordinal 6º del artículo 1º del Decreto 3347 de 1950, sólo puede ser aplicado cuando en el proceso se comprueba, en debida forma, que el delito lo cometió su agente "en estado de enajenación mental" o de "grave anomalía psíquica", como lo previene el texto legal en cuestión;

b) Que la "enajenación mental", enseñada por el profesor Nerio Rojas como "el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas", en manera alguna puede siquiera sospecharse a través del hecho, escueto y simple, de que el autor del delito lo hubiera cometido en estado de beodez, y

c) Que el estado de "grave anomalía psíquica", distinto del de "enajenación mental", aunque en la demanda parece entenderse otra cosa, tampoco puede comprobarse mediante simples referencias testimoniales a ingestión de alcohol y a beodez concurrente en el procesado para el momento de consumar el delito, ya que su naturaleza, de suyo compleja e intrincada, requiere, en el objetivo de desentrañarlo y precisarlo, investigaciones lentas y difíciles, en torno al hombre, "traducido en justicia", comprensivas, como lo indica C. Simonin en su densa obra "Medicina Legal Judicial", de "todos los factores biológicos, psicológicos, mentales, morales, sociológicos, que han formado su personalidad y le han conducido al acto incriminado", investigaciones que, en verdad, sólo pueden estar al alcance de los médicos psiquiatras.

Las razones que se consignan en estos tres literales demuestran lo infundado del cargo a que ellas se refieren, hecho que todavía se hace más evidente a través del raciocinio del señor Procurador, quien se expresa así:

"La Procuraduría, una vez conocidas las razones que exhibe el señor demandante al pretender demostrar el primer cargo que le formula a la sentencia, no puede menos de calificar de inanes e ineptas tales razones, por constituír sencillamente todo un despropósito científico el hecho de alegar que la embriaguez, de la cual se habla como padecida por el acusado, en el momento de darle muerte a su compañero de oficio y de armas, corresponde al estado de grave anomalía psíquica de que trata el artículo 29 del Código Penal. Por lo demás, resulta extraño para este Despacho que un apoderado tan distinguido como el del recurrente, confunda una circunstancia de menor peligrosidad como la embriaguez voluntaria, cuando el agente no ha podido prever sus consecuencias delictuosas (numeral 5º del artículo 38 del Código Penal), con el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol bajo cuyo influjo se comete un delito.

"Y la anotada confusión es lamentable porque el artículo 29 para nada tiene en cuenta la embriaguez voluntaria, sino ciertos estados psicopatológicos consistentes en determinadas perturbaciones psíquicas de naturaleza exógena, provenientes de la excesiva y continuada ingestión de sustancias tóxicas que desarrollan a la larga lesiones cerebrales, creando así —como dice el psiquiatra español Vallejo Nájera— 'nuevas condiciones fisiológicas al funcionamiento anímico', y que para el mismo artículo cobran significación cuando hacen crisis al convertir al paciente en un desadaptado social que comete actos violatorios de la misma ley penal. (Ver del autor citado su 'tratado de Psiquiatría', 3ª Edición Salvat).

"Pero también es un error del señor demandante sostener, en primer término, que la embriaguez padecida por su representado en el momento de delinquir, corresponde a la grave anomalía psíquica de que trata el referido artículo 29, y sostener, en segundo y último lugar, que esa misma embriaguez equivale al estado psicopatológico resultante de la intoxicación crónica determinada por el alcohol.

"Y se equivoca, nuevamente, pues viene ahora a confundir la anomalía psíquica con la intoxicación crónica, que, como estados psicológicos distintos, son previstos por el tántas veces citado artículo 29.

"Todo lo anteriormente contraargüido demuestra que es protuberante o absurdo pretender que en ocasión como la que refiere este proceso, se sustraiga del conocimiento del Jurado la conducta de quien habiéndose embriagado voluntariamente y no habiendo podido prever las consecuencias delictuosas de esa misma embriaquez, cometió efectivamente una transgresión de la ley penal.

"En consecuencia, considera este Despacho que el cargo analizado carece de fundamento científico, por lo que debe rechazarse".

Con relación al segundo cargo y, en particular, respecto de la primera parte de su desarrollo, cabe hacer las anotaciones siguientes, encaminadas a darle respuesta:

a) De acuerdo con el artículo 271 del Código de Procedimiento Penal, se llama sumario "la reunión de las diligencias propias para probar el

cuerpo del delito, descubrir los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción";

b) Este entendimiento del sumario permite advertir que en su formación, el concepto de defensa, en su específico sentido y circunscritos alcances, ofrece escaso interés, lo que explica que en esa etapa del proceso la ley, en realidad, no acuerde reglamentación alguna en torno a semejante aspecto, del que, en cambio, se ocupa, mediante toda clase de previsiones, en la del juicio;

c) En el sumario la asistencia del procesado está a cargo de un simple apoderado, cuya misión, sin ser ajena al criterio defensivo, se endereza a la vigilancia de los derechos de aquél, los cuales requieren de ella, en obligada intervención de apoderado, sólo al recibirle indagatoria, y

d) De esta suerte, el Código de Procedimiento Penal, en orden a la etapa del sumario, no establece nulidades con relación al derecho de defensa, y las que tiene acordadas la jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Nacional, respecto de ese derecho, se refieren al juicio.

Por lo demás, conviene reproducir, en torno al punto de que se trata, lo siguiente, tomado del concepto del señor Procurador:

"Si la Ley 21 de 1931 en ciertos casos autoriza que un simple ciudadano que sea honorable haga las veces de apoderado de un sindicado durante la práctica de la correspondiente diligencia de indagatoria, es porque parte del supuesto de que el hecho de carecer ese ciudadano de conocimientos jurídicos no constituye motivo para admitir que el derecho de defensa es conculcado cuandoquiera que no se le nombre al sindicado, como apoderado suyo asistente a la indagatoria, un abogado inscrito, a pesar de existir en el lugar abogados que reúnan tal condición.

"Por consiguiente, al dejar de nombrársele un abogado inscrito y confiársele más bien el cargo de apoderado a un profano en las disciplinas del Derecho, lo más que podrá afirmarse es que se ha incurrido en una irregularidad, pero no que haya carecido de defensa el sindicado, pues de lo contrario la posibilidad de reconocer que en un caso se hizo cabal uso del indicado derecho y en otro no, apenas dependería de la existencia o no de inscritos como abogados en el lugar donde se cometió el delito o donde efectivamente el sindicado declaró sin prestar juramento, lo cual ciertamente que repugna a la lógica y contraría la equidad por desconocer la igualdad de todos ante la ley".

En cuanto al desarrollo de la segunda parte del cargo procede apenas observar que la negligencia que se atribuye al defensor, en el cumplimiento de su deber, no tiene base alguna, lo que quiere decir que el recurrente, en este aspecto concreto, se dejó llevar por el capricho, cuestión de la que no hay duda, puesto que del Acta de Audiencia se desprende que el encargado de aquella misión apeló a todas sus luces y buscó por todos los medios a su alcance la absolución del procesado Suárez Castro.

Con fundamento en la causal 1ª, el recurrente sostiene que, por indebida aplicación, en el fallo acusado se violaron el ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal, en razón de que Suárez Castro, en el momento de consumar el delito y dado su estado de beodez, se encontraba "en absoluta incapacidad" para discriminar los móviles del mismo; el ordinal 4º del mismo texto, por cuanto que su situación alcohólica le impedía "considerar en el momento del crimen" "los deberes especiales" con su compañero de trabajo, los cuales, de otra parte, tampoco tenían particular significado en el caso de autos, ya que ellos estaban determinados "por la misma organización armada a que servían"; y, por último, el ordinal 6º, ibídem, en fuerza de que ni el tiempo de la consumación del delito, ni el lugar donde se llevó a cabo, ni el arma que se empleó para cometerlo tienen "importancia relievante" en el objetivo de configurar la circunstancia de mayor peligrosidad a que se refiere el predicho ordinal.

Respuesta:

En la sentencia de primer grado, respecto de la graduación de la pena, se consignó lo siguiente:

"Ahora bien, los artículos 36 a 40 del Código Penal consagran los factores que hay que tener en cuenta para la determinación de la pena que, dentro de los límites señalados por la ley, se impondrá al nombrado Suárez.

"Aunque en el expediente no existe ningún dato cierto para afirmar que el procesado posee una personalidad particularmente antisocial, es innegable que el hecho por él ejecutado, dada su condición de Agente Carabinero de la Policía, y la misma persona de la víctima, el tiempo y el lugar, lo mismo que el arma con que se cometió el delito, dificultaron indudablemente la defensa de Tamayo. Estas tres circunstancias constituyen otras tántas de mayor peligrosidad,

de conformidad con los ordinales 3º, 4º y 6º del artículo 37 del Código Penal. Lo anterior quiere decir que, de ninguna manera, se podrá imponer el mínimo de la sanción señalada para el delito, pese a que concurre como circunstancia de menor peligrosidad la señalada en el ordinal 1º del artículo 38 de la obra citada, vale decir, la buena conducta anterior del sindicado.

"Como conclusión de lo expuesto, el Juzgado considera que el mínimo de la pena debe aumentarse en un año".

Y en la sentencia de segundo grado, con relación a la misma materia, lo que sigue:

"El *a quo* impuso, como se sabe, nueve años de presidio; el artículo 362 del Código Penal trae como mínimo, para casos como el presente, ocho años; pero como en contra del procesado aparecen, cuando menos, tres circunstancias de mayor peligrosidad —y así lo demostró el Juzgado—, fue elevado, en un año más, ese mínimo. Si se tiene en cuenta que Suárez Castro eliminó nada menos que a un compañero de trabajo, con quien tenía especiales deberes; que lo acometió cuando precisamente se hallaba desarmado, y que procedió por motivos innobles o fútiles, los nueve años de presidio no merecen modificación".

De manera que, como puede apreciarse, en los fallos de instancia se fundamentaron, con la debida propiedad, las circunstancias de mayor peligrosidad que se tuvieron en cuenta para intensificar la pena principal en el año que discute el recurrente, sin deparar demostración alguna del error en que se pudo incurrir.

En virtud 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 de que fue objeto la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Su finalidad. — Cuándo procede. — Este recurso tiende a desconocer o dejar sin valor la presunción de verdad que implica la cosa juzgada. — Motivos que podrían dar nacimiento a la revisión de procesos fenecidos. — Error judicial. — Hechos nuevos.

1. "La revisión —ha dicho la Corte— es un recurso extraordinario, establecido en asuntos criminales contra toda sentencia ejecutoriada. Su fin es el restablecimiento de la justicia, torcida en muchos casos, y dentro del terreno de la cosa juzgada, por errores judiciales creados por motivos determinantes de ellos y que la ley, de manera genérica, indica como causa, fundamento o motivo para impetrar la revisión".

La revisión tiende, por tanto, a corregir errores mediante la reposición del proceso. No todo error, sin embargo, da lugar al recurso. Sólo aquellos que surgen de alguna de las situaciones referidas en los distintos numerales del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Así, en ellas se discute solamente si el condenado lo fue con base en hechos o pruebas que se demuestre luego eran falsas, o bien por el desconocimiento de hechos o pruebas indicativas de la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

En otros términos: para que la revisión proceda es necesario demostrar plenamente que el condenado debió ser absuelto, porque el hecho que se le imputa no tuvo existencia real, o porque su autor era inocente o irresponsable, o porque para establecerlo se utilizaron pruebas secretas, que no obraron en el proceso, o porque el reo estuvo en imposibilidad de cometerlo, en los términos del numeral 1º del artículo 571 ya citado.

Este recurso, de otra parte, tiende a desconocer o dejar sin valor la presunción de verdad que implica la cosa juzgada. Por lo cual los motivos en que se funde deben aparecer claros de las pruebas que se produzcan con la solicitud de revisión. No se trata en él de crear dudas en torno a hechos o situaciones definidas en las distintas etapas procesales, sino de señalar, en forma notoria, el error en que incurrió el fallador, y que es preciso corregir para evitar que el inocente sufra condena. Ello explica la razón que tuvo el legislador para fijar de manera por demás concreta los motivos que podrían dar nacimiento a la revisión de procesos fenecidos.

2. "El hecho nuevo a que se refiere la ley es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar ante la justicia la inocencia o irresponsabilidad de la persona que sufre injustamente una condena, o aquel que demuestra con plena certeza que el delito no se cometió y que la responsabilidad que se le dedujo al reo constituye un flagrante error judicial". (Sent. 22 de nov. de 1947, LXIII, 843). Esos hechos nuevos "deben ser de la naturaleza semejante a los que la ley expresa en las causales primera y segunda, reveladores de inocencia o irresponsabilidad". (Rev. 8 febrero 1928, XXXIV, 174).

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

El doctor Manuel Méndez Rodríguez, obrando como apoderado del preso Roberto Salazar Bedoya, interpuso recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Comando General de las Fuerzas Militares, el 13 de junio de 1952, en la cual se condenó a su poderdante a la pena principal de veintidós años y seis meses de presidio y sanciones accesorias de rigor, por los delitos de homicidio, robo y asonada.

Al recurso se ha dado la tramitación legal correspondiente, y es el momento de decidir.

Hechos.

Este proceso da cuenta de los hechos siguientes, según narración visible a folios 793 y siguientes del cuaderno 3º:

"El 11 de noviembre de 1949 llegaron a El Cairo (Valle) los señores Gustavo Isaza Sierra (padre) y Gustavo Isaza Sierra (hijo), acompañados de unos Agentes de la Policía de Versalles, con un lote de ganado que les habían sustraído de su hacienda 'El Cedro', en jurisdicción de Versalles, y el cual había recuperado en la región de 'El Brillante', perteneciente a 'El Cedro'.

"Como tuvieran conocimiento de que en el matadero local se encontraban otros dos novillos de su propiedad, seguramente para ser sacrificados, se presentaron a la Alcaldía a solicitar el apoyo de las autoridades para poder llevárselos.

"De la Alcaldía salieron, poco más o menos como a las dos de la tarde, acompañados del Agente Municipal Benjamín Colorado, y se dirigieron al matadero a rescatar los novillos. En ese momento, un grupo de unas veinte a treinta personas, que desde su llegada se encontraba reunido en la plaza para impedir la entrega de los semovientes, comenzó a disparar sus armas de fuego desde varias direcciones. A las primeras detonaciones cayó gravemente herido el Agente Colorado, quien horas más tarde murió en su casa, pero logrando manifestar antes que su matador había sido Alcides Salazar.

"Los Isaza al verse atacados en esa forma e impotentes para repeler la agresión por la inferioridad en que se hallaban, agravada por la fuga de los Agentes que los habían acompañado desde Versalles, tuvieron que salir huyendo para salvar sus vidas. Empero, al darse cuenta de esto, algunos de los atacantes les salieron al paso por caminos de atajo y en un potrero cercano de Pablo Emilio García les dieron alcance y los acorralaron. Transcurrido un breve, pero intenso tiroteo, y cuando ya estaban en el suelo mortalmente heridos, los remataron 'a peinillazos'. Después se precipitaron sobre ellos para despojarlos de cuanto llevaban encima. Les esculcaron los bolsillos, les quitaron los carrieles, los sombreros y hasta los zapatos, amén de las cabalgaduras, en las cuales se montaron los cabecillas y se pasearon luego por todo el pueblo. Mas no paró en estos actos el furor criminoso de la turba, pues cuando el señor cura, el Alcalde y algunos vecinos prominentes quisieron levantar los cadáveres, los impidieron soezmente, pretendiendo que debían quedarse tirados allí para que los devoraran los gallinazos. Sólo hasta el día siguiente, cuando llegó más fuerza pública, se pudo efectuar esta piadosa tarea.

"Perpetrados los asesinatos, la misma turba se apoderó del ganado que los Isaza habían recuperado en 'El Brillante', diez y seis cabezas entre machos y hembras, y se los vendieron a los matarifes en El Cairo, de grado o por fuerza, obligándolos también a soltar el que iban a beneficiar al día siguiente, que era mercado, y dar al expendio este otro.

"Esa misma noche, la chusma de El Cairo se sustrajo de la hacienda de los señores Isaza una considerable partida de ganado. En los días siguientes siguieron acudiendo allí, no sólo de El Cairo sino de otros lugares vecinos, gentes de toda clase, que iban por los bienes de los Isaza. Y así se llevaron, ya fuera sigilosamente por la noche o con todo descaro a plena luz del día, 994 reses, de un total de 1.013, todas las bestias, todos los cerdos, todas las gallinas, todos los enseres de la casa, sin olvidar los trastos de cocina, 30 cargas de sal para el ganado, 80 bultos de maíz, 100 cargas de costales, varias cargas de fríjol y hasta una tubería que se iba a instalar en esos días".

El señor Apolinar Sierra S. se presentó, el 25 de noviembre de 1949, ante la Comisaría Judicial de Investigación Criminal, en Cartago, y denunció los hechos narrados, para que se adelantase la correspondiente investigación. Perfeccionada ésta, el Comandante de la 3ª Brigada, por Resolución número 100 de 10 de octubre de 1950, convocó en la Guarnición de Cali un Consejo de Guerra Verbal para juzgar, entre otras personas, a Roberto Salazar Bedoya, por los delitos de homicidio, robo y hurto. Posteriormente, el mismo Comandante, por Resolución número 129 de 20 de octubre de 1951, convocó un nuevo Consejo en la Guarnición de Palmira, para que juzgase por el delito de asonada, entre otras personas, a Roberto Salazar Bedoya. Con base en los veredictos respectivos, fue proferida sentencia el 24 del mismo mes, la que, con algunas reformas, fue confirmada por el Comando General de las Fuerzas Militares el 13 de junio de 1952.

Solicitud de revisión.

En el memorial en que el apoderado, doctor Manuel Méndez Rodríguez, solicita se ordene la revisión del proceso que se siguió contra Roberto Salazar Bedoya, invoca para el efecto las causales 3ª y 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

En lo que toca con la causal 3ª, afirma el demandante que está en posibilidad de demostrar que la declaración de la señora Ofelia Trujillo de H., "fundamento de la sentencia condenatoria", es falsa, y que el testimonio de Danilo Gómez "se interpretó mal o se tergiversó".

En lo relacionado con la causal 5ª, dice el apoderado que aportará pruebas que "confluyen a

establecer la inocencia de mi mandante en forma clarísima. Son pruebas de descargo muy valiosas, que no conocieron los falladores de instancia".

Por auto de 19 de enero de 1962, se abrió a prueba el presente negocio por el término de treinta (30) días. Dentro de él, el doctor Méndez Rodríguez solicitó la ratificación de algunas declaraciones, recibidas extrajuicio y acompañadas al memorial petitorio, testimonio de Danilo Gómez y una diligencia de inspección ocular, para verificar la "posibilidad o imposibilidad física de ver lo que asegura haber visto desde el balcón" la señora Ofelia Trujillo de Hernández.

Decretadas estas pruebas, por auto de 31 de marzo de 1962, se obtuvo la práctica de las siguientes: a) Inspección ocular; b) Declaración de Danilo Gómez, y c) Ratificación de las declaraciones de Hernán Alvarez García, Pedro Quintero y Misael Osorio.

Finalmente, por auto de 28 de septiembre del año pasado, se ordenó correr traslado al señor Procurador General de las Fuerzas Militares y al recurrente, por quince días a cada uno. Se obtuvo concepto del señor Procurador y alegato por parte del apoderado de Salazar Bedoya.

Concepto del señor Procurador de las Fuerzas Militares.

Alega el señor Procurador, en su concepto, que no han sido demostradas las causales de revisión invocadas por el recurrente, por lo cual el recurso no es viable.

No se probó, en efecto, la falsedad de la declaración de la señora Ofelia Trujillo de Hernández, ya que la inspección ocular cumplida, en el término probatorio, lejos de desvirtuarla, ha llegado a confirmarla.

"Entendemos —dice el señor Procurador— que la apreciación de los peritos es correcta, está acorde con las afirmaciones de doña Ofelia, ella narra con claridad que Roberto Salazar disparó su fusil o carabina contra los Isaza cuando estaban a una cuadra de ella, en la calle, adelante de la chusma, y agrega: cuando ya no alcanzaba a ver a los señores Isaza porque bajaban. De modo que doña Ofelia sí vio el desarrollo de los hechos. Da a comprender en su versión que no vio a los Isaza cuando éstos descendían al sitio donde cayeron muertos, y en realidad no los podía observar, según la prueba de inspección ocular, de manera que se descarta esta circunstancia, pero no aquella de haber visto disparar al preso Salazar Bedoya en la tarde del 11 de noviembre de 1949 en El Cairo".

La nueva declaración de Danilo Gómez, que es una retractación de la rendida por éste, el 16 de diciembre de 1949, no fue mal interpretada, ni se tergiversó su sentido. Estas son las palabras de aquel funcionario:

"La retractación que hace hoy el ciudadano Danilo Gómez Salazar no deja sin valor su primera declaración. No es aceptable que su último testimonio venga a destruír las sentencias ejecutoriadas que procesalmente son los títulos de la cosa juzgada. Ese ambiente de violencia en que ha seguido viviendo, que hace mal a la persona, sí lo ha podido llevar a mentir en su segunda. No así aquel familiar de sus 17 años de edad cuando trabajaba con su señor padre bajo el calor del hogar paterno, depuso con la santidad del juramento ante el Juez 89 de Instrucción Criminal, el día 16 de diciembre de 1949, es decir, 35 días después de sucedidos los hechos criminales. Esta circunstancia nos hace pensar que en aquella ocasión fue sincero y veraz".

"... se observa que Danilo, de manera espontánea, y seguro de sí mismo, narró detalladamente los acontecimientos que percibió; y no se alcanza a comprender y extrañan las graves acusaciones que en su segunda exposición hace contra el funcionario que intervino con acierto en la instrucción del proceso, porque comprendemos que un Juez de la República es incapaz de tergiversar la realidad procesal y acomodarla caprichosa y torcidamente, su imaginación no llega hasta allá".

Fuera de lo anterior, las declaraciones de Hernán Alvarez García, Pedro Quintero y Misael Osorio no presentan hechos nuevos que demuestren la inocencia o irresponsabilidad del procesado.

Por todo lo cual termina solicitando que "se niegue la revisión de las sentencias impugnadas por el recurrente".

Consideraciones de la Corte.

"La revisión —ha dicho la Corte— es un recurso extraordinario, establecido en asuntos criminales contra toda sentencia ejecutoriada. Su fin es el restablecimiento de la justicia, torcida en muchos casos, y dentro del terreno de la cosa juzgada, por errores judiciales creados por motivos determinantes de ellos y que la ley, de manera genérica, indica como causa, fundamento o motivo para impetrar la revisión".

La revisión tiende, por tanto, a corregir errores mediante la reposición del proceso. No todo error, sin embargo, da lugar al recurso. Sólo aquellos que surgen de alguna de las situaciones referidas en los distintos numerales del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Así, en

ellas se discute solamente si el condenado lo fue con base en hechos o pruebas que se demuestre luego que eran falsas, o bien por el desconocimiento de hechos o pruebas indicativas de la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

En otros términos: para que la revisión proceda es necesario demostrar plenamente que el condenado debió ser absuelto, porque el hecho que se le imputa no tuvo existencia real, o porque su autor era inocente o irresponsable, o porque para establecerlo se utilizaron pruebas secretas, que no obraron en el proceso, o porque el reo estuvo en imposibilidad de cometerlo, en los términos del numeral 1º del artículo 571 ya citado.

Este recurso, de otra parte, tiende a desconocer o dejar sin valor la presunción de verdad que implica la cosa juzgada. Por lo cual los motivos en que se funden deben aparecer claros de las pruebas que se produzcan con la solicitud de revisión. No se trata en él de crear dudas en torno a hechos o situaciones definidas en las distintas etapas procesales, sino de señalar, en forma notoria, el error en que incurrió el fallador, y que es preciso corregir para evitar que el inocente sufra condena. Ello explica la razón que tuvo el legislador para fijar de manera por demás concreta los motivos que podrían dar nacimiento a la revisión de procesos fenecidos.

Hechas estas advertencias, es el caso de entrar en el estudio de las causales de revisión alegadas por el apoderado de Roberto Salazar Bedoya.

Tales motivos son los señalados en los numerales 3º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Primera causal alegada. Es la tercera, de acuerdo con la cual hay lugar a revisión "cuando alguien está cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquiera otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

Manifestó el recurrente, en este particular, que "estamos en condiciones de demostrar, dentro del término probatorio, que es falsa la declaración de Ofelia Trujillo, fundamento de la sentencia condenatoria, por cuanto hay imposibilidad física absoluta y *demostrable* de que viera desde su casa lo que afirma haber visto. También aspiramos a probar que el señor Danilo Gómez, otro testigo que se tuvo en cuenta para fallar el negocio, no tiene cargos qué formular contra el sindicado, y que su dicho se interpretó mal o se tergiversó. El, cuya comparecencia se puede obtener si son las autoridades quienes lo buscan, se encargará de aclarar este punto".

Como se ve, se han tachado de falsas dos declaraciones, que fueron tenidas en cuenta por el fallador para dictar la sentencia, cuya revisión se pretende: la de Ofelia Trujillo de Hernández y la de Danilo Gómez.

Para demeritar o destruír el valor que se otorgó al testimonio de Ofelia Trujillo de Hernández, se produjo, dentro del término probatorio, una diligencia de inspección ocular, con la cual se quiso demostrar que aquella señora estuvo "en imposibilidad física absoluta" de ver desde su casa "lo que afirma haber visto". Con lo cual se habría concluído que tal declaración "es falsa".

A lo anterior se responde:

No se ha comprobado que la declaración de Ofelia Trujillo de Hernández sea falsa, ya que con la diligencia de inspección ocular no se desvirtuó el mérito que ella ofrece.

Para demostrar esta afirmación basta copiar la declaración tachada de falsa y el concepto pericial sobre la posibilidad en que estuvo la declarante de ver los hechos que "afirma haber visto".

Dijo la señora Trujillo de Hernández, al folio 28 del cuaderno 1º:

"... vi con mis propios ojos que todos los individuos integrantes de la chusma ese viernes once de noviembre, hacían disparos con armas de fuego, como en realidad vi que el Recaudador de Rentas Departamentales de ese lugar, señor Roberto Salazar, disparó su fusil o carabina contra los Isaza, estando como a una cuadra de lejos de mi casa, en la calle, delante de los demás de esa chusma, y cuando yo ya no alcanzaba a ver a los señores Isaza porque éstos acababan de bajar un poco, siguiendo como al lado de donde cayeron muertos, que es la manga de don Pablo Emilio García, situada al salir de la localidad, hacia el lado del matadero público".

Por su parte, los peritos que actuaron en la diligencia de inspección ocular conceptúan a folio 64 del cuaderno 6º:

"... por lo antes expuesto conceptuamos que la testigo Ofelia Trujillo de Hernández sí pudo haber observado lo expuesto por ella en su declaración, en relación con la iniciación de los hechos que se investigan, ya que éstos se sucedieron dentro de la misma cuadra en que queda ubicada la casa que ésta habitaba; es posible que la testigo hubiese podido ver lo que acontecía, en el trayecto de los 95 metros que hay, del punto en que ella se encontraba al sitio en donde los Isaza dejaron de ser vistos, advirtiendo que se hace necesario conocer perfectamente a las personas, para poder señalar con precisión, quién es quién, porque es presumible que en un trayecto de cuadra y media largas en que se están des-

arrollando casos que ofrecen peligro de muerte a los espectadores, pueda uno con serenidad entrar a determinar con toda precisión los autores de este teatro...".

Este concepto ratifica, en lo esencial, el dicho de la señora Trujillo de Hernández, pues en él se afirma que ésta sí estuvo en posibilidad de ver "lo que afirmó haber visto". Es de pensar que conocía ella perfectamente al señor Roberto Salazar, ya que éste era personaje saliente dentro de la pequeña población, y si se piensa que la declarante vivía frente a la Casa Municipal, en donde funcionaban las oficinas públicas y en donde, por fuerza de su oficio, Salazar tenía que actuar.

Ni de parcial podría tacharse el dicho de la testigo, pues doña Ofelia afirma simplemente haber visto lo que vio: que Roberto Salazar pasó por su casa, con la chusma que perseguía a los señores Isaza; que dejó de ver a éstos cuando abandonaron el nivel de la calle; y que Salazar disparó "su fusil o carabina" contra ellos. No aseguró, en cambio, que hubiera sido Salazar "quien disparó el balazo o los balazos fatales", pues esto no fue directamente apreciado por ella.

No se ha demostrado, como queda explicado, que la declaración de la señora Ofelia Trujillo de Hernández sea falsa. Se ha hecho una afirmación sin respaldo procesal. La falsedad debe aparecer objetivamente.

Sobre la declaración de Danilo Gómez se tiene lo siguiente:

El 16 de diciembre de 1949 (fl. 113, cuad. 1º) Danilo Gómez Salazar, de 17 años de edad, declaró ante el Juez 89 de Instrucción Criminal, así:

Que Roberto Salazar Bedoya llegó al sitio en donde él se encontraba, en momentos en que una chusma perseguía a los señores Isaza Sierra (padre e hijo), "y haciéndose cerca de donde yo estaba, y como llevaba un gras, lo tendió hacia donde estaban las personas resguardadas en el palo y disparó con él, inmediatamente uno de los que estaban detrás del árbol cayó de espaldas, los que estaban resguardados detrás del árbol estaban a una distancia como de dos cuadras de donde yo me encontraba con Roberto Salazar...".

Doce años después de ocurridos los hechos en que perdieron la vida los señores Isaza Sierra, Danilo Gómez Salazar vuelve a declarar (fl. 32, cuad. 6º), así:

Roberto Salazar Bedoya "no intervino, él estuvo, como nosotros, noveleriando al pie del basurero". Y ante las preguntas del apoderado del recurrente, agregó: "... me preguntaron sobre los hechos sucedidos, me preguntaron que en dónde me encontraba, y yo dije que en el cafecito de la casa cural, yo dije que sintiendo el tiroteo salí con unos amigos a curiosear, a novelear, y en la cual vi que en el candeleo había perecido Gustavo Isaza padre e hijo; se me preguntó si conocía a Roberto Salazar, en lo cual contesté que sí; que si él había intervenido en la muerte de los Isaza, en la cual contesté que no, que estaba noveleando como muchos estaban noveleando, esa fue toda la declaración mía; la diligencia ni me la leyeron, ni la leí, la firmé sin que nadie la leyera, ni siquiera yo". "... yo no formulé cargo de ninguna clase contra Roberto Salazar". "No me explico el motivo por el cual aparezco en mi declaración sindicando a don Roberto de ese fracaso, porque yo no hice cargos contra él en esa declaración, me imagino que los mismos que tomaron la declaración me hayan puesto eso ahí, pudo haber sido por política, por otra cosa, yo en realidad no sé por qué haya sido".

En esta declaración, el testigo se retracta, en parte sustancial, de cuanto había afirmado doce años antes, en presencia del Juez de Instrucción Criminal. ¿Cómo explica él esto y qué explicación le da el apoderado del recurrente?

"... me imagino que los mismos que tomaron la declaración me hayan puesto eso ahí, pudo haber sido por política, por otra cosa, yo en realidad no sé por qué haya sido", enseña el declarante.

"... no se trata de que el joven dijera en esa época *una mentira,* sino de que dijo *la verdad,* pero escribieron y le hicieron firmar un relato *opuesto a ella",* enseña el apoderado de Salazar Bedoya.

¿Están en lo cierto? Mal haría la Corte en aceptar, de buenas a primeras, que el funcionario instructor que tomó la primera declaración de Danilo Gómez S., por animadversión política o por cualquier otro sentimiento inconfesable, hubiera cometido el grave delito que se le atribuye: falsear la verdad para sindicar a un ciudadano honesto, como autor de hechos criminosos de tánta entidad, como los descritos en este expediente.

Cuando se hacen cargos de esta naturaleza, es preciso demostrarlos. Simples alegaciones, sin respaldo probatorio, no bastan para su aceptación.

¿Pero será realmente ajena a la verdad la primera declaración de Danilo Gómez S., fue ella mal interpretada o fue tergiversado su sentido cuando la apreció el fallador?

Algunos detalles hacen pensar que aquel testimonio fue verídico: 1º Roberto Salazar Bedo-

ya estuvo precisamente en el sitio en donde fue visto por Ofelia Trujillo de Hernández y por Danilo Gómez Salazar, esto es, al término de la calle en donde está ubicada la casa de aquélla; 2º Aunque Danilo Gómez S., en su segunda declaración, no menciona el arma que Salazar Bedoya llevaba consigo, tanto la señora Trujillo de Hernández como otras personas vieron en poder del condenado, en aquellos momentos de confusión, un arma de largo alcance; 3º Si la circunstancia anterior es cierta, es de pensar que Roberto Salazar Bedoya llevaba arma para actuar con ella, bien fuera en defensa de la autoridad, como alguien insinúa, o en su defensa, o bien para atacar a las personas perseguidas por la chusma; 4º Se demostró en el proceso que Salazar Bedoya tomó provecho de las depredaciones que cumplía la chusma que operaba en la región.

No se ha comprobado, pues, que la primera declaración rendida por Danilo Gómez S. sea falsa, esto es, que se oponga a la realidad de los hechos o que se hubiera tergiversado su exposición. Y por su parte, quienes conocieron del proceso, la interpretaron en su sentido natural y obvio, no desatendieron su tenor y le dieron una credibilidad que no podría desconocerse ahora.

De esta suerte, la causal 3ª de revisión será desechada.

Segunda causal alegada. Es la quinta, de acuerdo con la cual hay lugar a revisión "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 responsabilidad".

Se hizo consistir este motivo de revisión "en la existencia de pruebas que no se conocieron en su oportunidad, y que confluyen a establecer la inocencia de mi mandante en forma clarísima". "Son pruebas de descargo muy valiosas, que no conocieron las falladores de instancia".

Efectivamente, a su demanda acompañó el recurrente algunas declaraciones tomadas extrajuicio, en El Cairo, el 2 de diciembre de 1949, pocos días después de los sucesos sangrientos. De ellas fueron ratificadas, en el respectivo término probatorio, las de Hernán Alvarez García (fl. 51 vto. del cuad. 6º), Pedro Quintero (fl. 60 vto. del cuad. 6º) y la de Misael Osorio A. (fl. 56 vto. del cuad. 6º).

De éstas no se desprende ningún hecho nuevo, capaz de demostrar la inocencia o irresponsabilidad de Roberto Salazar Bedoya. Quintero y Misael Osorio mencionan las actividades políticas del condenado, su devoción a una causa, su consagración al servicio de la misma. Y Hernán Alvarez sostiene que Salazar Bedoya no tomó parte en los hechos que se cumplieron en El Cairo, el 11 de noviembre de 1949, y en los cuales perdieron la vida Gustavo Isaza Sierra (padre) y Gustavo Isaza Sierra (hijo).

La participación de Roberto Salazar B. en actividades que contribuyeron a la muerte de los señores Isaza Sierra, fue ampliamente debatida en las distintas etapas del proceso. No es, por tanto, un hecho nuevo. "El hecho nuevo a que se refiere la ley es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar ante la justicia la inocencia o irresponsabilidad de la persona que sufre injustamente una condena, o aquel que demuestra con plena certeza que el delito no se cometió y que la responsabilidad que se le dedujo al reo constituye un flagrante error judicial". (Sent. 22 de nov. 1947, LXIII, 843). Esos hechos nuevos "deben ser de la naturaleza semejante a los que la ley expresa en las causales primera y segunda, reveladores de inocencia o irresponsabilidad". (Rev. 8 febrero 1928, XXXIV, 174).

Cabe hacer una última observación, pues se ha insistido en que Roberto Salazar Bedoya fue juzgado y condenado, casi pudiera decirse que con deslealtad, y es esta: Cumplidos los hechos delictuosos, Salazar se apresuró a recibir declaraciones demostrativas de su no participación en ellos. Tuvo, en consecuencia, la idea de que se le podría perseguir. Sin embargo, se guardó las declaraciones recibidas extrajuicio y no volvió a preocuparse por la investigación que se adelantaba. Antes bien, abandonó el teatro de los acontecimientos y se radicó en Ibagué. Persona precavida, debió estar alerta. No lo hizo, a pesar de sus sospechas.

Así, pues, la causal quinta de revisión invocada por el recurrente, no ha sido demostrada en forma alguna.

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 General de las Fuerzas Militares, y de acuerdo con él *no ordena la revisión impetrada.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO

Declaración espontánea. — Ninguna disposición legal ni constitucional establece la prohibición de declarar contra sí mismo o contra sus parientes. — La inexequibilidad del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. — La estimación de los hechos probatorios es objeto propio y exclusivo de la causal 2ª y no de la causal 4ª.

1. No existe ninguna disposición constitucional ni legal que prohiba a alguien declare contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que establecía tal prohibición, fue declarado inexequible por ser violatorio del artículo 25 de la Constitución, que únicamente dispone que "nadie podrá ser obligado", lo que no puede interpretarse, como equivocadamente lo ha hecho el recurrente, en el sentido de que una persona no puede declarar, espontáneamente, es decir, sin ser obligada, contra sí mismo o contra algún pariente de los contemplados en la citada norma constitucional.

2. El demandante olvida, o pretende olvidar, que la valoración de los medios de prueba para demostrar el error en que se pudo incurrir en la sentencia acusada, al estimar los hechos probatorios, es objeto propio y exclusivo de la causal 2ª y no de la causal 4ª, con cuya invocación, y en forma por demás antitécnica, pretende hacer la crítica del testimonio de la menor, que fue una de las pruebas, pero no la única, que sirvió a los falladores de instancia para llamar a juicio, y al Jurado para condenar al procesado como autor intelectual del homicidio consumado en su legítima esposa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en sentencia del veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y dos, al reformar la de primera instancia dictada por el Juez Tercero Superior de dicho Distrito, radicado en el Socorro, condenó a José de los Angeles Delgado a la pena principal de diez y ocho años de presidio como instigador del delito de homicidio agravado, consumado en su cónyuge Gregoria Ortega, y a José Manuel Rosas Delgado a la de nueve años, como cómplice no necesario en la consumación del mismo delito.

Ambos reos interpusieron el recurso de casación, pero únicamente José de los Angeles Delgado lo sustentó, por medio de abogado titulado e inscrito en la Corte.

Surtida la tramitación propia del recurso se procede a decidirlo en esta providencia.

Antecedentes.

El hecho que motivó este proceso ocurrió en la vereda de "Alta Cruz", en el Municipio de Simacota, en la noche del 18 de marzo de 1959, y las circunstancias en que se realizó han sido resumidas en diversas providencias de la manera siguiente:

"'José de los Ángeles Delgado y su esposa Gregoria Ortega vivían junto con sus dos hijos menores, Ana Dominga y Luis Jesús, en una modesta casa de habitación situada en la vereda de 'Alta Cruz', en vecindario de Simacota. Las relaciones conyugales habían sufrido serios quebrantos porque en el hogar estuvo trabajando la

joven María Luisa Ortega, con quien Delgado entabló relaciones amorosas bastante íntimas. Hasta tal punto se hizo inconveniente la presencia de María Luisa en la familia, que fue necesario ocurrir a la autoridad para que dispusiera de la menor, entregándola a una persona que se encargara de custodiarla.

" 'Durante la presencia de María Luisa en casa de Delgado, éste le propuso matrimonio y que se irían a vivir a Venezuela. En varias ocasiones José de los Angeles amenazó de muerte a su esposa, propósito que no cumplió directamente gracias a la mediación, ya de María Luisa, ya de su hija Ana Dominga. Otra vez Delgado estuvo proponiendo a Virgilio Echavarría y a Helí Suárez que si le podían 'hacer el favor de matarle a la mujer de José de los Angeles, que se llamaba Gregoria Ortega...'. Les ofreció como remuneración la suma de cien pesos o una marrana.

" 'En la noche del diez y ocho de marzo del año pasado, contra lo acostumbrado, José de los Angeles Delgado no llegó a dormir a su casa. Según su dicho, pernoctó en casa de su tía Matilde Delgado, en compañía de sus primos José Manuel, Gamaliel y Cristóbal.

" 'A eso de las diez de la noche dieron muerte a Gregoria Ortega de un disparo de arma de fuego.

" 'La única testigo presencial, Ana Dominga Delgado, reconoció a su tío José Manuel Rosas como autor material del hecho, y sindicó a su padre José de los Angeles Delgado como a la persona que lo acompañaba' ".

El Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de San Gil, radicado en el Socorro, a quien le correspondió conocer de este proceso, por auto del 22 de enero de 1960, "resolvió llamar a responder en juicio criminal, con intervención del Jurado, a José de los Angeles Delgado y a José Manuel Rosas, por el delito de homicidio cometido en Gregoria Ortega".

La providencia enjuiciatoria fue confirmada por el Tribunal Superior de San Gil, adicionándola "en el sentido de que se compulsen copias de las piezas pertinentes y se inicie la investigación, por los posibles delitos de violencia carnal o de corrupción de menores, cometidos" por el acusado Delgado en María Luisa Ortega.

Al segundo Jurado que intervino en este proceso, pues el primer veredicto fue declarado contradictorio respecto al reo José de los Angeles Delgado e inexistente respecto a José Manuel Rosas, se le sometieron los siguientes cuestionarios, que con sus respuestas, son del tenor siguiente:

"*Cuestión primera.* ¿El acusado José Manuel Rosas Delgado es responsable de haber ocasionado la muerte a Gregoria Ortega de Delgado, con el propósito de matar y por medio de las heridas descritas en la diligencia de autopsia visible al folio veinticinco del sumario, hecho perpetrado a eso de las diez de la noche del diez y ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, en la vereda de 'Alta Cruz', en la jurisdicción municipal de Simacota, y en la ejecución del hecho obró el acusado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con alevosía?

"Sí, como cómplice no necesario".

"*Cuestión segunda.* ¿El acusado José de los Angeles Delgado es responsable de haber determinado a José Manuel Rosas Delgado a dar muerte a su esposa legítima Gregoria Ortega de Delgado, muerte que tuvo lugar a eso de las diez de la noche del diez y ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, en la vereda de 'Alta Cruz', de la jurisdicción municipal de Simacota, habiendo obrado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con alevosía?

"Sí".

Como desarrollo de estos veredictos la sentencia de primer grado condenó a Delgado a la pena principal de veintiún años de presidio y a las accesorias correspondientes, y a Rosas a la pena principal de doce años de prisión.

El Tribunal de San Gil, al revisar, en virtud del recurso de apelación, la sentencia de primera instancia, la modificó en la sentencia recurrida reduciendo las penas en la forma indicada anteriormente.

Demanda de casación.

El abogado Carlos E. Camacho E., obrando como apoderado del recurrente y reo José de los Angeles Delgado, oportunamente propuso la demanda para sustentar el recurso de casación, en la que tras hacer un resumen de los hechos y de la actuación procesal, propone, en su orden, las causales 4ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Con el propósito de fundamentar la causal primeramente invocada, o sea la cuarta, el actor expone lo siguiente:

"En el caso de José de los Angeles Delgado, tenemos que la prueba de la infracción por la cual se le llamó a juicio, o sea la responsabilidad penal del homicidio de Gregoria Ortega de Delgado, se tomó de la declaración de su propia hija legítima, la menor de 11 años de edad Ana Do-

minga Delgado. Recibirle declaración a una hija menor de edad contra su propio padre implica una transgresión de la ley, especialmente constituye quebrantamiento del artículo 25 de la Constitución Nacional que prohibe declarar contra determinados parientes, y del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal que desarrolla aquella prohibición.

"No es prueba legalmente producida para condenar, tal como lo exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, la declaración de una menor de edad que declara contra su propio padre, porque la Constitución Nacional expresamente prohibe la recepción de este testimonio. No es que el suscrito abogado ignore la jurisprudencia sentada por la honorable Corte con fecha 6 de diciembre de 1951, LXX, 728, pero como considero que esta doctrina debe ser revaluada por la honorable Corte, con el debido comedimiento me atrevo a plantear ese gran problema jurídico para que la jurisprudencia que se produzca sirva de guía reciente a la jurisprudencia nacional".

"..... .....

"El testimonio anteriormente citado (se refiere al de la menor Ana Dominga Delgado) fue tomado como base para el llamamiento a juicio proferido por el Juzgado contra José de los Angeles Delgado, y como se ve, tuvo proyecciones procesales sobre la condena impuesta por el Tribunal Superior.

"Al formular la crítica de este testimonio dentro del marco de la causal 4ª de casación, procuro buscar un pronunciamiento de la honorable Corte sobre el referido testimonio, ya que su crítica hubiera sido improcedente dentro del marco de la causal 2ª de casación, por cuanto que este es un juicio en que intervino el Jurado y la invocación de la susodicha causal en esta clase de juicios no es pertinente, conforme lo tiene establecido la honorable Corte en centenares de fallos que han unificado la jurisprudencia sobre la materia.

"La honorable Corte siempre ha respetado el Jurado de Conciencia en los juicios penales, y jamás ha tocado el punto sobre cuáles fueron los medios de convicción sobre los cuales fundaron su veredicción, pero la valoración de los medios probatorios tenidos en cuenta por el Juez de derecho para dictar el auto de llamamiento a juicio, sí está permitido valorarlos por medio de un debate con invocación de la causal 4ª de casación, en razón de que el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal anteriormente ya citado, exige que para dictar sentencia condenatoria en materia criminal es necesario que la prueba tenida en cuenta para el llamamiento a juicio esté 'legalmente producida'.

"En el caso de autos, y como anteriórmente dijimos, no es prueba legalmente producida la declaración de una menor de 11 años de edad hija legítima de los sujetos del delito, por cuanto que en la producción de su testimonio se opone el artículo 25 de la Constitución Nacional.

"Es conveniente hacer una ligera crítica al testimonio de la menor Ana Dominga Delgado para saber hasta dónde es de sospechoso, razón por la cual no reúne las exigencias determinadas por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, para dictar sentencia condenatoria en contra de José de los Angeles Delgado".

Para demostrar la causal tercera, el actor razona de la manera siguiente:

"A José de los Angeles Delgado se le llamó a juicio por haber dado muerte a su legítima esposa, imputándosele en el proveído encausatorio, además de la circunstancia del parentesco, las consignadas en los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal.

"En el auto de proceder anteriormente mencionado se lee lo siguiente:

" 'José de los Angeles Delgado responderá por el delito en las circunstancias del inciso segundo del artículo 19 del Código Penal, porque determinó a José Manuel Rosas a cometerlo'.

"En la sentencia condenatoria proferida por el señor Juez de derecho, confirmada por el honorable Tribunal Superior se lee lo siguiente:

" 'Por otra parte, en el auto de proceder y en el veredicto del Jurado se aceptó que obró en complicidad previamente concertada, y por ello gravita su responsabilidad la circunstancia de mayor peligrosidad establecida en el ordinal 9º del artículo citado'.

"En el cuestionario sometido a la consideración del Jurado se redactó en la forma siguiente:

" '*Cuestión segunda:* ¿El acusado José de los Angeles Delgado es responsable de haber determinado a José Manuel Rosas Delgado a dar muerte a su esposa legítima Gregoria Ortega de Delgado, muerte que tuvo su lugar a eso de las diez de la noche del diez y ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, en la vereda de 'Alta Cruz', de la jurisdicción municipal de Simacota, habiendo obrado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con alevosía?'.

"El cuestionario anteriormente transcrito fue contestado con un simple 'Sí'.

"Dice el artículo 19 del Código Penal:

" 'Artículo 19. El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor u autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a las sanciones establecidas para el delito.

" 'En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo'.

"En el auto de proceder se le imputó al procesado la figura jurídica prevista en el inciso segundo del artículo 19, que dice que en la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometer el delito, pero en la sentencia ya se habla de que obró en complicidad previamente concertada.

"Una cosa es determinar a otro a cometer un delito y otra cosa es obrar en complicidad previamente concertada. La primer modalidad implica el ofrecimiento por parte del autor intelectual del delito de promesas remuneratorias en la mayoría de las veces tendientes a mover la voluntad del otro sujeto para encaminarla hacia un fin delictuoso, y este fue el cargo formulado en el auto de proceder. La segunda exige cierta preparación, cierta ayuda recíproca en la ejecución del hecho criminoso, o la prestación de una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo. En la determinación a la ejecución de un hecho, el agente del delito emplea todos los medios de convicción tendientes a doblegar la voluntad del agente, se presenta la figura del *íncubo* y el *súcubo* de que habla Segismundo Freud. En la primera se da el fenómeno jurídico de que la responsabilidad del autor del delito surge como trasgresión del ordenamiento jurídico por haber prestado determinada ayuda, auxilio o cooperación sin las cuales el delito no hubiera podido cometerse. En términos más claros: en el auto de proceder se le imputó al procesado la figura jurídica prevista en el inciso segundo del artículo 19 del Código Penal, y en la sentencia se le dedujo la responsabilidad de la complicidad previamente concertada de que habla el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal.

"Entonces tenemos que se le formuló el cargo de haber determinado a otro a cometer el delito, conforme al inciso segundo del artículo 19 del Código Penal, y de él procuró defenderse en la Audiencia Pública, pero ya cuando el señor Juez de derecho trató de acoger el veredicto del Jurado para acomodarlo a las disposiciones del Código Penal se le olvidó hablar de la determinación a cometer el delito, cargo que sí había sido formulado en el auto de proceder, y le imputó la complicidad previamente concertada, que es una circunstancia de mayor peligrosidad (ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal)".

Respuesta de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar la demanda de casación, solicita que se *deseche* el recurso propuesto, por cuanto estima, muy acertadamente, que ninguna de las causales invocadas puede prosperar, por las razones que expone, así:

En relación con la causal cuarta, replica el señor colaborador Fiscal lo siguiente:

"Son muy respetables, por originales, los puntos de vista y las aspiraciones del distinguido jurista recurrente. Pero no son aceptables por los aspectos lógico y exegético de la ley y del derecho. Bastaría recordar las normas presuntamente violadas que él invoca para reafirmar este aserto. Pero es suficiente evocar el estatuto que más le ha traído confusión:

" '*Constitución Nacional.*

" 'Artículo 25. Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad'.

"Como se puede verificar, no dice la disposición transcrita, ni ninguna de la Carta Fundamental, como tampoco cualquiera de las disposiciones legales que nos rigen, que está prohibido declarar contra sí mismo o contra los parientes. No se conocen en nuestro país los cánones que prohiban la confesión, que, expresado en otros términos, es la declaración contra sí mismo. El artículo 25 de la Constitución comienza diciendo: '*Nadie podrá ser obligado*'. Esto quiere decir que la determinación de declarar en contra de sí mismo o de sus parientes, en el caso previsto por la norma precitada, es opcional o potestativa, pero nunca obligatoria. El presunto confeso o deponente se sirve de su conciencia como árbitro, con esa facultad o derecho que le concede la ley, para decidirse a declarar.

"Hubo una norma del Código de Procedimiento Penal, el artículo 226, que fue declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia, ya que era violatoria del artículo 25 de la Constitución Nacional. Y era violatoria de la Constitución porque en ella se contenían las tesis que en forma no afortunada hoy pretende hacer valer el abogado recurrente. Decía la nor-

ma en mención: 'No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos'. De forma que mientras el artículo 25 de la Carta dice de una facultad potestativa u opcional, la disposición que la violaba establecía una prohibición impositiva.

"El artículo 227, que no el 27, del Código de Procedimiento Penal reproduce textualmente el tenor del artículo 25 de la Constitución. Por tanto, lo expuesto en relación con éste es aplicable al primero.

"En el caso que se debate, la menor Ana Dominga Delgado decidió declarar contra su padre, en forma voluntaria, como que la ofendida con el delito fue la autora de sus días, sin la existencia de norma alguna que se lo prohibiera o impusiera.

"Lo consignado es suficiente para pensar que la nueva jurisprudencia nacional a que aspira con su estímulo el distinguido impugnador no habrá de producirse, porque su posible fundamento, que sólo podría buscarse en disposiciones constitucionales o legales, no existe, ni en apariencia siquiera, en el cuerpo de nuestras instituciones.

"En síntesis, la invalidación de la sentencia del Tribunal Superior de San Gil no habrá de prosperar si su pedimento se apoya en la causal 4ª invocada".

Para refutar lo que el demandante alega como demostración de la causal tercera, el señor Procurador Delegado en lo Penal hace la siguiente réplica:

"*Causal 3ª:*

"Al invocar la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado judicial en su demanda dice:

" 'La sentencia recurrida que condenó a José de los Angeles Delgado proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

" '*Demostración:*

" '.....

" 'En el auto de proceder anteriormente mencionado se lee lo siguiente:

" 'José de los Angeles Delgado responderá por el delito en las circunstancias del inciso segundo del artículo 19 del Código Penal, porque determinó a José Manuel Rosas a cometerlo'.

" 'En la sentencia condenatoria proferida por el señor Juez de derecho, confirmada por el honorable Tribunal Superior, se lee lo siguiente:

" 'Por otra parte (léase *'de otra parte'*; se encuentra falseado el texto), en el auto de proceder y en el veredicto del Jurado se aceptó que obró en complicidad previamente concertada, y por ello gravita su (léase *'sobre su'*; el texto se encuentra falseado) responsabilidad la circunstancia de mayor peligrosidad establecida en el ordinal 9º del artículo citado'.

" 'En el cuestionario sometido a la consideración del Jurado se redactó en la forma siguiente:

" '*Cuestión segunda:* ¿El acusado José de los Angeles Delgado es responsable de haber determinado a José Manuel Rosas Delgado a dar muerte a su esposa legítima Gregoria Ortega de Delgado, muerte que tuvo su lugar (suprímase el *'su'*; esta falseado el texto) a eso de las diez de la noche del diez y ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, en la vereda de 'Alta Cruz', de la jurisdicción municipal de Simacota, habiendo obrado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con alevosía?'.

" 'El cuestionario anteriormente transcrito fue contestado con un simple *'sí'*.

"Hasta aquí la *'demostración'* de los cargos que el distinguido jurista recurrente hace contra la providencia del Tribunal Superior de San Gil.

"Y al finalizar su escrito, dice:

" '*Resumen.* Demando la sentencia del honorable Tribunal Superior de San Gil con fundamento en la causal 3ª de casación, prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal por dos motivos: no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder que consiste en que en dicha sentencia se le condena por haber obrado 'en complicidad previamente concertada', y se le aduce como circunstancia de mayor peligrosidad la del ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, habiéndose anteriormente hablado en el auto de proceder de la circunstancia del inciso 2º del artículo 19 del Código Penal.

" 'Segundo motivo de impugnación: El Jurado se pronunció sobre el cuestionario propuesto, considerando que José de los Angeles Delgado determinó a José Manuel Rosas Delgado a cometer el delito, y en la sentencia condenatoria está en completo desacuerdo con el veredicto del Jurado'.

"Pues bien, al realizar las transcripciones precedentes hubo necesidad de decir, entre paréntesis, que algunos textos estaban falseados. Al responder los cargos que se hacen a la providencia

del Tribunal con invocación de la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, se hace necesario decir que se ha falseado la verdad en la demanda al invocar la misma causal. Por parte alguna del proceso, incluyendo la sentencia, se ha dicho que a José de los Ángeles Delgado se le va a condenar o se le condena *'por haber obrado en complicidad previamente concertada'*. Esta afirmación sí se hizo en la sentencia de primer grado, pero con respecto del procesado José Manuel Rosas Delgado, como puede verificarse a folios 29 y siguientes del cuaderno número 3. Entonces, sí se coteja el contenido de las transcripciones referentes a la *'demostración'* que en la demanda trata de hacer el distinguido abogado impugnador con invocación de la causal 3ª de casación, es fácil advertir, con claridad incuestionable, que se corresponden jurídicamente el auto de proceder, el veredicto de los juzgadores de conciencia y la sentencia del *a quo*, en lo concerniente al procesado José de los Angeles Delgado''.

Para resolver se considera:

Son tan infundados y tan antitécnicos los cargos propuestos para lograr que se invalide la sentencia recurrida y tan claras y demostrativas las razones expuestas por el señor Agente del Ministerio Público para refutarlos, que poco es lo que le corresponde añadir a la Sala como fundamento para desechar el recurso propuesto.

En efecto, no existe ninguna disposición constitucional ni legal vigente que prohiba a alguien declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que establecía tal prohibición, fue declarado inexequible por ser violatorio del artículo 25 de la Constitución, que únicamente dispone que *''nadie podrá ser obligado''*, lo que no puede interpretarse, como equivocadamente lo ha hecho el recurrente, en el sentido de que una persona no puede declarar, espontáneamente, es decir, sin ser obligada, contra sí misma o contra algún pariente de los contemplados en la citada norma constitucional.

Además, resulta bastante extraño y contradictorio el que el actor, después de reconocer que: ''la honorable Corte siempre ha respetado el fallo del Jurado de Conciencia en los juicios penales, y jamás ha tocado el punto sobre cuáles fueron los medios de convicción sobre los cuales fundaron su veredicción'', afirme a continuación que: ''pero la valoración de los medios probatorios tenidos en cuenta por el Juez de derecho para dictar el auto de llamamiento a juicio, sí está permitido valorarlos por medio de un debate con invocación de la causal 4ª de casación''.

El demandante olvida, o pretende olvidar, que la valoración de los medios de prueba para demostrar el error en que se pudo incurrir en la sentencia acusada, al estimar los hechos probatorios, es objeto propio y exclusivo de la causal segunda y no de la causal cuarta, con cuya invocación, y en forma por demás antitécnica, pretende hacer la crítica del testimonio de la menor Ana Dominga Delgado, que fue una de las pruebas, pero no la única, que sirvió a los falladores de instancia para llamar a juicio, y al Jurado para condenar, a José de los Angeles Delgado, como autor intelectual del homicidio consumado en su legítima esposa.

En relación con los argumentos, con los que el impugnador pretende fundamentar la causal tercera, la réplica del señor colaborador Fiscal se apoya en la realidad del proceso, pues el cargo que con invocación de esta causal aquél pretende formular a la sentencia acusada, al afirmar que a su defendido se lo condenó ''por haber obrado en complicidad previamente concertada'', no es exacto, pues esta imputación se hizo fue con respecto al procesado Rosas Delgado, que no fundamentó el recurso de casación y a quien el abogado recurrente no representa.

Para despejar toda duda, basta reproducir lo que al respecto se dijo en la sentencia de primera instancia, cuando en relación con el procesado últimamente citado, se afirmó lo siguiente:

''José Manuel Rosas Delgado no tenía motivo ninguno para cooperar al delito; si ello es así, su perversidad sería, como dice la honorable Corte Suprema, evidente; pero si la remuneración insinuada en autos fue su estímulo, no es necesario ponderar la vilesa del móvil. De todos modos ha de deducirse en su contra la circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal.

''De otra parte, en el auto de proceder y en el veredicto del Jurado se aceptó que obró en complicidad previamente concertada, y por ello gravita sobre su responsabilidad la circunstancia de mayor peligrosidad establecida en el ordinal 9º del artículo citado''.

Por otra parte, el Tribunal en la sentencia acusada expresamente descartó para el reo José Manuel Rosas Delgado la circunstancia de haber obrado ''en complicidad previamente concertada'', cuando al referirse a éste, expone lo siguiente:

''A este sentenciado se le asignaron las circunstancias de mayor peligrosidad establecidas

en los numerales 3º y 9º del artículo 37 citado. Mas es del caso tener en cuenta las consideraciones que se hicieron respecto del anterior sentenciado, en cuanto al numeral 3º, que queda igualmente comprendido dentro de la agravante de la premeditación, y por ello no puede aplicarse. Tampoco la del numeral 9º, o sea la relativa a la complicidad, porque precisamente en ella radica el delito que le asignó el Jurado, y así tampoco pueden aplicarse dos penas por el mismo hecho".

Como la Sala no encuentra justificadas ninguna de las causales aducidas, habrá de desechar el recurso de casación propuesto por el reo José de los Angeles Delgado contra la sentencia dictada en este proceso por el Tribunal Superior de San Gil. Asimismo habrá de declarar desierto el recurso de casación propuesto por el reo José Manuel Rosas Delgado, por cuanto éste, según constancia secretarial, no presentó demanda de casación para sustentar el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema— Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve:* 1º *Desechar* el recurso de casación propuesto por José de los Angeles Delgado contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y dos; 2º *Declarar desierto* el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia por el reo José Manuel Rosas Delgado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CARENCIA DE TECNICA EN LA REDACCION Y FUNDAMENTACION DE LA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

V i s t o s:

Se procede a resolver acerca del recurso de casación interpuesto por el señor defensor del reo Ulpiano Pérez Rueda contra la sentencia del once de abril de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por medio de la cual, al confirmar en todas sus partes la dictada por el Juzgado Tercero Superior de la citada ciudad, condenó a este sujeto a la pena principal de ocho años y tres meses de presidio y a las accesorias correspondientes, "como responsable, conforme al veredicto del Jurado, de los delitos de homicidio en Aquilino Serafín Estévez y lesiones personales en Carlos Acuña Rodríguez", hechos ocurridos dentro del área urbana de la ciudad de Tunja, el 23 de julio de 1960.

Demanda de casación.

El escrito presentado por el defensor del reo Pérez Rueda, con el fin de sustentar el recurso de casación, es un corto alegato, que como lo expresa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, carece de la técnica exigida por la ley, pues en ella ni siquiera se menciona la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, sino que la impugnación se refiere al fallo "que fue proferido por el Juez Tercero Superior de Bucaramanga", contra el cual invoca la causal cuarta, contemplada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, con apoyo en la cual pretende se invalide la sentencia recurrida, alegando que el miembro del Jurado Luis Antonio Ortiz Gómez González es "persona que no podía intervenir en dicho Jurado por disposición expresa del artículo 493 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto hace relación con el parentesco dentro del sexto grado de consanguinidad con el vocero de la defensa, doctor Jorge González Aranda".

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se declare *desierto* el recurso de casación, fundándose en que la demanda en que se ha pretendido formalizar no reúne los requisitos de fondo ni de forma que la ley y la naturaleza de este medio extraordinario de impugnación exigen para que pueda tenerse en consideración, lo cual demuestra mediante los razonamientos siguientes:

"Dos observaciones de capital importancia es preciso que este Despacho le haga a la susodicha demanda: una primera consiste en la carencia de técnica al ser elaborada, y una segunda estriba en que el tema que se somete a controversia ante la honorable Corte, fue suficientemente debatido y resuelto en las instancias del juicio.

"Por lo que atañe a la falta de técnica en la formulación de la demanda, téngase en cuenta que el fallo a que alude el libelo y, lógicamente, el fallo impugnado, es el proferido por el Juez 3º Superior de Bucaramanga, y para nada se mienta o cita el del honorable Tribunal, que, obviamente, es el único que puede ser materia de casación. Además sucede que no se hace una relación de los hechos o temas materia de la controversia; que la única causal de casación invocada es la cuarta de las previstas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, una supuesta nulidad del juicio, y que si bien puede darse como enunciado y planteado dicho motivo de invalidación, es lo cierto que carece de demostración real y efectiva, pues, tratándose de un recurso que no es una tercera instancia, no es con referencias y citas a actuaciones existentes en el proceso, como la honorable Corte puede estar obligada a desatar un debate en casación y a estudiar, apreciar o valorar el efecto de esas referencias.

"Pero teniendo en mientes la benévola tesis de esa corporación, expresada en su sentencia del 20 de enero de 1956, y consistente en preceptuar que es dable pasar por alto ciertas deficiencias de forma que sean propias de una demanda, podría llegarse a tratar del argumento o ataque de fondo hecho por el actor en casación. Ese argumento o planteamiento alude a una pretendida nulidad del proceso a partir del primitivo sorteo de jurados, nulidad que se deduce del hecho de haber salido sorteado y haber ejercido el cargo de Juez de conciencia el señor Luis Ortiz Gómez (fl. 232, cuad. 1º), a quien en la demanda se le llama Luis Antonio Ortiz Gómez González y Luis Fernando Ortiz Gómez González, y de quien se afirma que es pariente dentro del sexto grado de consanguinidad del doctor Jorge González Aranda, quien actuó como vocero del acusado en el acto de la audiencia pública.

"Mas con todo, se impone tener en cuenta esta otra consideración:

" 'Con razonamientos jurídicos de peso —dice la demanda— el señor Juez del conocimiento decretó la nulidad aludida y convocó nuevo Jurado, pero el Fiscal de dicho Juzgado apeló, y el Tribunal revocó dicha providencia, procediendo el Juzgado a dictar la sentencia correspondiente, *la cual es hoy objeto del recurso*'. (Subrayado de la Procuraduría).

"En efecto, al folio 261, ibídem, aparece el memorial del señor defensor, en el que se trata del tema en cuestión, memorial que casi literalmente ha sido transcrito en la demanda de casación. La providencia del Juzgado a que se refiere obra al folio 263, ibídem. El concepto del señor Fiscal del honorable Tribunal, adverso a la decisión del Juzgado, aparece al folio 2 del cuaderno número segundo; y la providencia del honorable Tribunal, revocatoria de la del inferior, se encuentra al folio 3 de este mismo cuaderno número segundo.

"De modo, pues, que lo que pretende el señor recurrente es revivir ante la honorable Corte un debate, ya agotado y relativo a una nulidad a la que se le quiere dar el carácter de constitucional o sustancial, lo cual es totalmente inapropiado e inaceptable, y cuyo estudio fue cosa propia únicamente en las instancias, habiendo sido efectivamente elaborado al proferirse la providencia del honorable Tribunal, que está respaldada por un pronunciamiento de la honorable Corte que allí mismo se cita.

"De dicho pronunciamiento que le da respaldo a lo sostenido por la Procuraduría en la presente ocasión, fue ponente el mismo distinguido Magistrado encargado de la sustanciación del presente, y sus apartes principales dicen:

" 'Reiterada y uniformemente ha sostenido esta corporación que para que la demanda de casación prospere es indispensable que quien ejercita este recurso extraordinario debe ajustarse rigurosamente a los requisitos exigidos para el caso por la ley, no sólo en su aspecto formal sino en su contenido intrínseco. En la conjunción de estos requisitos es en lo que jurídicamente se estructura una demanda, para que con base en ella pueda la Corte proceder a hacer un estudio de fondo de las cuestiones que en la misma se proponen.

" ' .....

" 'Pero este propósito no se logra por el hecho de presentar, a guisa de demanda de casación, un memorial alegato, con la sola invocación de las causales de casación, ni con la simple transcripción de conceptos expuestos en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, sino mediante la debida fundamentación y análisis de cada una de las causales invocadas. Al proceder de otra manera, el recurso extraordinario de casación, que es un juicio de estricto derecho, cuyo principal fin es el de mantener la exacta observancia de la ley, rigurosamente reglamentado por la misma ley, de hecho se convertiría en un recurso ordinario de instancia, contrariándose así el reconocido principio de que la casación no es instancia. Por esto, preciso es repetirlo, la Corte, como Tribunal de Casación, sólo puede estudiar las demandas que se ciñan a la ley que reglamenta este recurso extraordinario.

" 'Razón ha tenido el señor Procurador Delegado en objetar la demanda presentada en este caso, por carecer de los requisitos de forma y de fondo exigidos por nuestra ley procesal penal, ya que ni se hace en ella un verdadero resumen de los hechos, ni cita los textos legales que se estiman infringidos, pero sobre todo carece de una fundamentación clara y precisa de las causales invocadas, contentándose el demandante, para suplir este requisito, con transcribir textualmente el breve concepto del Fiscal del Juzgado de primera instancia...'. (Sentencia de 12 de diciembre de 1960. Casación de Marco Tulio Urueña Prada, por homicidio)".

Se considera:

Los serios reparos transcritos que el señor colaborador Fiscal formula al escrito con el que se ha pretendido sustentar el recurso extraordinario de casación, son tan fundamentales y claros, que nada es necesario agregar al respecto, pues

basta una simple lectura de su contenido para convencerse que dicho escrito ni siquiera merece el calificativo de una verdadera demanda de casación que pueda tomarse en consideración para hacer un estudio de fondo del cargo que en él se formula, no a la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que sería la susceptible legalmente del recurso de casación, sino al fallo de primera instancia proferido por el Juez Tercero Superior de Bucaramanga, que es el que se acusa directa y exclusivamente sin fundamento legal para ello.

En consecuencia, habrá de acogerse la solicitud formulada por la Procuraduría para que se declare desierto el recurso propuesto, solución que en casos similares ha adoptado esta Sala, cuando la demanda de casación, como ocurre en este caso, carece de toda técnica en su redacción y fundamentación.

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 Primero Delegado en lo Penal, *declara desierto* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

JUZGAMIENTO DURANTE LA VIGENCIA DEL DECRETO 0012 DE 1959

La aplicación de este estatuto y el derecho de defensa. — Los miembros de la Policía Nacional, por razón del Decreto 1705 de 1960, dejaron de estar sometidos en su juzgamiento por delitos a la Justicia Penal Militar. — Estimación de las pruebas dentro del recurso de casación. — Causal 2ª de casación.

1. Es verdad que la Corte, mediante sentencia de 24 de julio de 1961, declaró inexequibles los preceptos del Decreto extraordinario número 0012 de 1959, en cuanto conferían competencia a los Jueces de Instrucción Criminal para juzgar, en primera instancia, cuando actuaban por comisión del Ministerio de Justicia. Pero en este negocio, la sentencia de primer grado la profirió el Juzgado Superior y no un Juzgado de Instrucción Criminal.

De otra parte, encontrándose vigente para la época del juzgamiento de los procesados que representa el demandante, el aludido Decreto extraordinario número 0012 de 1959, sus preceptos eran los pertinentes, sin que valga aducir que dicho estatuto limita el derecho de defensa, pues para deducir una nulidad constitucional, con apoyo en la violación del precepto contenido en el artículo 26 de la Carta, es menester que resulte, de la norma legal aplicada, desconocida, en forma absoluta —y no simplemente limitada— la facultad del sindicado de realizar su defensa.

2. El Decreto legislativo número 1705 de 1960, a más de declarar que la Policía Nacional es "una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Guerra...", desincorporó a sus miembros de las Fuerzas Militares, a las cuales venían adscritas como cuarto componente. Y como el artículo 170 de la Constitución Nacional señala que "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", conocerán Cortes Marciales o Tribunales Militares, es obvio que los miembros de la Policía Nacional, por razón del Decreto de 1960, dejaron de estar sometidos en su juzgamiento por delitos, a la justicia penal militar.

3. En varias providencias ha expresado esta Sala, en cuanto a la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación, que la función de la Corte "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 existente, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad". (V. G. J. t. LXXXI, Nos. 2160-2161, págs. 845 a 846).

Si ello no fuese así, es obvio que se acabaría con la libertad de apreciación de las pruebas por parte de los juzgadores en las instancias, pues en todos los casos a su criterio podría oponerse, sin serios fundamentos, otro distinto.

4. Unicamente cuando se demuestre que las conclusiones de la sentencia impugnada están en desacuerdo con una evidencia contraria, apoyada ésta en pruebas irrefutables, cabe admitir que el juzgador de instancia ha caído en ese error protuberante que permite casar el fallo recurrido. Al oponerse simplemente el demandante al criterio del ad quem, en cuanto a la credibilidad que le concede a los testigos de cargo, enfrentando su personal opinión, pero sin haber demostrado que el juzgador incurrió en error manifiesto en la apreciación de tales declaraciones, no ha comprobado los reparos propuestos contra la sentencia. Ni puede prosperar la causal segunda sólo porque el impugnante estime que la versión de uno de los procesados, favorable a los recurrentes, tiene tal fuerza de credibilidad que permita aseverar que son falsos los testimonios de cargo, siendo así que ese dicho aparece protuberantemente sospechoso y contradicho por otras pruebas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Aldemar Acevedo Céspedes, Francisco Antonio Sepúlveda, Evelio García Ospina y Jesús Gómez Arcila, contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada el 28 de noviembre de 1961, por la cual les fue impuesta la pena principal de diez y siete años de presidio al primero y al último de los nombrados, y quince a los otros dos, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Carlos López Marín.

Los recurrentes Acevedo Céspedes y Sepúlveda no presentaron la demanda de casación, por lo cual habrá de declararse desierto el recurso en cuanto a ellos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y trámite del proceso.

Se dice en el fallo impugnado que "el señor Carlos López Marín, en la noche del 1º de julio del año anterior..." (1960)..., "estuvo en cine en el teatro que existe en el área urbana de Génova, en compañía del señor Jorge Acosta Camacho. Finalizada la función, ambos salieron a la calle, donde se encontraron con el señor Jaime Urrea, con quien estuvieron en un café tomando tinto y soda. Como Acosta y López vivían por la misma calle, se despidieron de Urrea y siguieron rumbo a sus casas. Acosta entró primero a la suya, de cuyo portón se despidió de su compañero López, quien instantes después fue muerto de varios impactos de arma de fuego, en el momento en que se disponía a entrar a su residencia" (f. 50 del Cd. 4º).

En la misma providencia se trae lo siguiente, en cuanto a los elementos de juicio tomados en consideración para afirmar la responsabilidad de los imputados:

"Del acervo probatorio antes visto, se saca en conclusión que persona o personas aún no identificadas, planearon en la localidad de Génova darle muerte a César López Marín, y se valieron del señor Jesús Gómez Arcila para que contratara a Aldemar Acevedo Céspedes, a fin de que éste consumara materialmente el ilícito, mediante el pago de quinientos pesos ($ 500.00). No se sabe dónde y cuándo se hizo ese contrato, pero es lo cierto que Jaime García Duque declaró que Aldemar le había contado que Jesús Gómez Arcila lo había contratado para matar a César López por la suma dicha (f. 121).

"Efectivamente, el sicario residente en Caicedonia fue visto en la población de Génova el día 27 de junio del año próximo pasado, en distintos lugares de esa localidad. Bertulfo Gómez (f. 212) y Emilio Jiménez declaran haberlo visto entrar a eso de las cinco y media de la tarde de ese día a la tienda de Gabriel Arteaga, y Jiménez lo volvió a ver al día siguiente, entre la una y las dos de la tarde, junto al kiosco que hay en la plaza, conversando con Jesús Gómez Arcila y César López García. También fue visto por Jaime Ramírez Valencia en la tienda de Arteaga, conversando con éste (f. 219).

"El día de los hechos, y de dos a tres de la tarde, lo vio en el café 'Apolo' Luis Carlos Pérez (f. 42), y Alfonso Peñalosa lo vio cerca al mencionado café a eso de las cuatro de la tarde de ese mismo día (f. 41). Ambos lo reconocieron en rueda de presos (f. 44 f. y v.).

"Ya por la noche y después de las nueve estuvo en la cantina de Marina 'La Bozuda', en compañía de Idalia Quiceno Cardona, Evelio García Ospina, Hebert y Jaír González, Edilberto Henao (alias 'Magaña'), Francisco Antonio Correa (alias 'El Mono') y los Agentes de Policía Caicedo y Salazar, tomando cerveza. Allí 'El Amarillo' mandó a 'Magaña' a que fuera hasta el teatro y observara si César López Marín entraba a cine. 'Magaña' cumplió el encargo, y a poco regresó y le dijo a 'El Amarillo' que sí había entrado a cine. Allí también 'El Amarillo' les dijo a los Agentes Caicedo y Salazar que si le hacían cuarto para volarse una vez que hubiera dado muerte a César López Marín, quienes le prometieron ayudarlo y conversaron sobre la forma como lo harían. A las diez de la noche salen de allí en el carro de Evelio García, la mujer Idalia Quiceno, Evelio García, los dos González, Aldemar 'El Amarillo' y 'El Mono' Sepúlveda Correa, porque Evelio García les había prometido llevarlos en su carro y desmontarlos en la esquina cerca a la casa de la víctima, y que luego los recogía en 'El Boquerón'. Efectivamente, al llegar a una esquina el carro dio reversa y allí se bajaron 'El Amarillo' y 'El Mono', quienes siguieron por la calle hacia arriba. El conductor del vehículo apagaba y encendía las luces, posiblemente para que no los identificaran, y cumplió lo convenido al esperar en 'El Boquerón' a los asesinos, a quienes recogió

allí, regresó a la zona en donde se quedaron Hebert y Jaír González, y luego continuó la marcha hasta 'Río Rojo', en donde dejó a 'El Mono' y a 'El Amarillo', en casa de Alicia Barreto" (f. 72, Cd. 4º).

.....

"Como 'El Amarillo' aún no había recibido el pago de su crimen, a la mañana siguiente se traslada a la casa de Alvaro García, amigo suyo por haber trabajado anteriormente en finca de sus padres, y le exige a éste que vaya a llamarle a Jesús Gómez Arcila y que le consiga un carro para trasladarse a Caicedonia, contándole a renglón seguido que él era el matador de César López Marín, y advirtiéndole que tenía que acompañarlo a Caicedonia, porque dudaba de él. Regresa Alvaro con Gómez Arcila, a quien le vuelve a referir la forma como cometió el ilícito; Gómez Arcila le entrega quinientos pesos en billetes de veinte pesos, y 'El Amarillo' le devuelve el revólver con que ultimó a su víctima (f. 75 Cd. 4º).

.....

"Es superabundante y apabullante por su claridad, precisión y concatenación perfectas, la prueba recogida en contra de los acusados Aldemar Acevedo Céspedes (alias 'El Amarillo'), Francisco Antonio Sepúlveda Correa (alias 'El Mono'), Evelio García Ospina y Jesús Gómez Arcila. Se reúnen en forma completa los presupuestos que para dictar sentencia condenatoria en su contra exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

"La responsabilidad de los secuaces y cómplices de 'El Amarillo', ni la suya propia, se demeritan o diluyen por la ampliación de indagatoria que pidió en esta instancia, diligencia en la cual y al considerar que ya estaba irremisiblemente descubierto, resolvió confesar su delito y uno de los móviles que lo impulsaron, tratando de sacar en limpio a sus compinches e incriminando en lugar a uno de los testigos de cargo que le hizo graves imputaciones en el informativo.

.....

"Hallándose plenamente establecido el cuerpo del delito y la imputabilidad y consiguiente responsabilidad penal en la comisión del ilícito, ubicada en cabeza de los acusados Acevedo Céspedes, Sepúlveda Correa, García Ospina y Gómez Arcila, sólo resta examinar el grado de participación de cada uno de ellos, los motivos determinantes y las circunstancias en que se consumó el ilícito.

"El primero procedió por precio o promesa remuneratoria y por sectarismo político, que es un motivo innoble; e hizo acechar a su víctima hasta sorprenderla por la espalda para consumar su alevoso ataque. Luego concurren las circunstancias agravantes contempladas en los ordinales 2º, 5º y 9º del artículo 363 del Código Penal, que tornan el homicidio en asesinato. Hubo preparación ponderada del delito, lo que implica premeditación en sus ejecutores (f. 80, Cd. 4º).

.....

"Evelio García Ospina y Francisco Antonio Sepúlveda Correa, prestaron una cooperación necesaria a Acevedo Céspedes, pues después de haber conversado y acordado la forma de proceder a la eliminación de César López Marín, animados por móviles políticos, y quizá el segundo por el afán de lucro, el primero los llevó en su carro hasta cerca a la casa de la víctima, apagando y encendiendo las luces para no ser identificados, luego los esperó en 'El Boquerón', donde los recogió para llevarlos a lugar distante, como 'Río Rojo', con el propósito de que eludieran la acción de la justicia. Sepúlveda Correa acompañó a 'El Amarillo' en todas las andanzas, observó cuando la víctima salía de cine e inmediatamente le avisó a su compinche para que procediera a su obra criminal, luego se reunió con él en 'El Boquerón', y ambos fueron llevados por Evelio García hasta la casa de Alicia Barreto. Posteriormente fue capturado en el barrio de tolerancia de Caicedonia, cuando gastaban el producto de su abominable trabajo.

"Pero a estos sujetos no se les puede imputar sino el agravante del ordinal 2º del artículo 363 del Código Penal, por lo cual sólo les es imponible la sanción mínima señalada en ese artículo, es decir, quince años de presidio para cada uno, pues tampoco tienen antecedentes penales.

"Como no está suficientemente acreditado que Jesús Gómez Arcila hubiera contratado al autor material para la consumación del reato, pues sólo obra la declaración de referencia que hizo 'El Amarillo', dada por Jaime García, sólo puede inferirse que estando en antecedentes de lo que iba a ocurrir y cumpliendo promesas hechas por los autores intelectuales al sicario con anterioridad al crimen, fue encargado de pagar el precio o remuneración acordado.

"Por eso estuvo bien que el *a quo* lo considerara como cómplice secundario y le impusiera la mitad de la sanción mínima señalada en el artículo 363 citado, es decir, siete años y medio de presidio" (f. 81, Cd. 4º).

.....

"También es correcta la ordenación de copias con destino a la justicia penal militar, para que

se investiguen los delictuosos procederes de los Agentes de Policía Caicedo y Salazar''.

Ahora bien: El proceso ha tenido el siguiente trámite: el primero de julio de mil novecientos sesenta la Alcaldía Municipal de Génova (Caldas) inició la averiguación penal, la que fue proseguida por el Juzgado 215 de Instrucción Criminal, despacho éste que ordenó la detención preventiva de Aldemar Acevedo Céspedes, Jesús Gómez Arcila, Francisco Antonio Sepúlveda Correa, Evelio García Ospina y Alicia Barreto Ruiz, en providencia del día diez y ocho del mismo mes. Posteriormente este mismo Juzgado, mediante auto de 24 de agosto de 1960, dispuso, asimismo, encarcelar precautelativamente a Gabriel Arteaga, Miguel Yepes Arcila y Rodrigo Alirio Parra Villamil, personas éstas que más tarde fueron libertadas incondicionalmente (auto de septiembre 6 de 1960, f. 319 del Cd. 1º).

Enviado el informativo al Juzgado Superior de Armenia, allí se dispuso, de conformidad con el artículo 3º del Decreto extraordinario número 0012 de 1959, clausurar la investigación y correr traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones. Luego profirió ese Despacho la sentencia de primera instancia, en la cual se resolvió lo siguiente:

a) Condenar a los procesados Aldemar Acevedo Céspedes, Francisco Antonio Sepúlveda y Evelio García Ospina a la pena principal de diez y siete años de presidio, e imponer a Jesús Gómez Arcila la sanción de siete y medio años de la misma pena, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de César López Marín.

b) Sobreseer temporalmente en favor de Gabriel Arteaga Barrera.

c) Absolver a Hedilberto Henao, Alicia Barreto, Rodrigo Antonio Parra Villamil, Miguel Yepes y Alvaro García Duque, y

d) Compulsar copias para averiguar los delitos en que pudieron incurrir Alicia Barreto Ruiz, Jaime Osorio y los Agentes de la Policía Caicedo y Salazar.

Esta providencia fue modificada, en la forma ya dicha, por el fallo recurrido.

Demanda de casación.

El señor apoderado de los recurrentes Evelio García Ospina y Jesús Gómez Arcila, formula en la demanda los siguientes cargos:

a) *Causal cuarta:*

Con invocación de esta causal, el personero de los nombrados formula los siguientes reparos a la sentencia impugnada:

1º Que se incurrió en violación del artículo 26 de la Carta al aplicar el procedimiento señalado en el Decreto extraordinario número 0012 de 1959, ''restrictivo desde todo punto de vista en lo relativo al derecho de defensa'', pues el trámite más favorable es el previsto en el Código de Procedimiento Penal.

2º Que ''del contenido procesal del negocio surge con nítida claridad la responsabilidad de los Agentes de Policía Miranda, Caicedo y Salazar, en la muerte de César López Marín. El procedimiento a seguir en el juzgamiento de dichos sindicados es el mismo que se siguió a Jesús Antonio Gómez Arcila y Evelio García Ospina, en razón de que el Decreto extraordinario número 1705 de 1960 suprimió el fuero militar a dichos sindicados. La exclusión del juzgamiento dentro del presente negocio determina el quebrantamiento del artículo 26 de la Carta, que habla de la plenitud de formas propias del juicio penal, y una de ellas es el juzgamiento de todos los sujetos que sean acreedores a sanción penal, cuando el funcionario del conocimiento tiene competencia para ello''.

3º Que ''la prueba tomada por el honorable Tribunal Superior para dictar la sentencia condenatoria contra mis representados...'', dice el demandante..., ''no estuvo 'legalmente producida', por cuanto que en su producción no hubo para el señor Juez de Instrucción la libertad necesaria para el descubrimiento de los autores intelectuales del delito, ya que hasta su superior inmediato le ordenó hacer entrega del expediente al Juez Superior de Armenia, cuando no habían transcurrido dos días del término de la comisión que por treinta le había prorrogado. Se quebrantó, por este aspecto, el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, que predica que para dictar sentencia condenatoria es necesario que la prueba esté legalmente producida''.

b) *Causal segunda:* Apoyado en este motivo de casación, el demandante anota las siguientes tachas:

1ª Que ''los testimonios de los hermanos Duque y el de la señora Ester de Duque no reúnen los presupuestos señalados por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, para fundamentar en ellos una sentencia condenatoria, por cuanto afirman hechos que no pudieron percibir''; que ''la confesión vertida por Aldemar Acevedo Céspedes (alias 'El Amarillo') sí tiene el valor suficiente para eximir de responsabilidad penal a los procesados Jesús Gómez Arcila y Evelio García Ospina'', y que, por último, ''no está demostrado con plena prueba que Jesús Gómez Arcila haya entregado suma alguna de

dinero al sujeto Aldemar Acevedo Céspedes (alias 'El Amarillo'), en primer lugar, porque los testimonios de los hermanos Duque y el de Ester de Duque no merecen los serios motivos de credibilidad..., ya que ellos son sospechosos, y, en segundo lugar, porque fuera de estas testificaciones no existe prueba alguna que demuestre que Jesús Gómez Arcila estaba cumpliendo promesas anteriores a la consumación del delito".

Con respecto a esta primera tacha, agrega el señor apoderado de los recurrentes Evelio García Ospina y Jesús Gómez Arcila que señala "como disposiciones violadas los artículos 20, 362, 363 del Código Penal, y los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal".

2ª Que "la responsabilidad de Evelio García Ospina la deduce el honorable Tribunal sentenciador de las declaraciones de unas prostitutas, como lo son Ana Adalgisa Bedoya Delgado (f. 6); Ana Beiba Jiménez (f. 9); Fanny Cortés (f. 11); Idalia Quiceno Cardona (f. 63); Rubiela González (f. 62), e Ismenia Ospina (f. 50). Estas declaraciones, por las condiciones morales de las declarantes, no pueden ser tenidas en cuenta para fundar sobre ellas la certeza legal, base legítima de una condena".

3ª Que "en la sentencia recurrida se incurrió en grave error al derivarle responsabilidad penal a Evelio García Ospina de las afirmaciones hechas por unas mujeres de vida alegre".

Agrega que "el hecho de que García Ospina haya manejado el automóvil, encendiendo y apagando las luces no es indicio necesario de la consumación del homicidio, por cuanto que los conductores de vehículos encienden y apagan las luces de sus vehículos cuando los conducen de noche, como señal indicadora para los otros vehículos que circulen en las proximidades, a objeto de evitar un choque".

c) *Causal primera:* Con fundamento en esta causal, dice el actor: "al no estar claramente demostrada la participación o clase de participación atribuída a...", Evelio García Ospina..., "incurrió el honorable Tribunal en indebida aplicación del artículo 19 del Código Penal, por cuanto que no estando debidamente demostrado el grado de participación en el delito, no se le podía imponer la agravante de asesinato".

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen de los cargos propuestos por el demandante contra la sentencia recurrida, en cuanto en ella se condena a los procesados Evelio García Ospina y Jesús Gómez Arcila, estima que no prospera ninguna de las causales de casación invocadas por el actor y, en consecuencia, no corresponde invalidar el fallo acusado.

Considera, asimismo, que "por lo que hace a los recurrentes Acevedo y Sepúlveda, el recurso debe declararse desierto".

Al estudio del señor Agente del Ministerio Público habrá de referirse la Sala, al ocuparse de los motivos de impugnación propuestos.

Consideraciones de la Sala.

Cabe examinar los cargos presentados por el demandante en el mismo orden de las causales de casación por él invocadas, a saber:

a) *Causal cuarta:* "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Tres tachas señala el demandante, así:

Primera. Inobservancia de las formas propias del juicio, pues el impugnante estima que el trámite previsto en el Decreto extraordinario número 0012 de 1959, no era pertinente, sino el más favorable indicado en el Código de Procedimiento Penal.

Es verdad que la Corte, mediante sentencia de 24 de julio de 1961, publicada en el número 30582 del "Diario Oficial", declaró inexequibles los preceptos del Decreto extraordinario número 0012 de 1959, en cuanto conferían competencia a los Jueces de Instrucción Criminal para juzgar, en primera instancia, cuando actuaban por comisión del Ministerio de Justicia. Pero en este negocio, la sentencia de primer grado la profirió el Juzgado Superior de Armenia y no un Juzgado de Instrucción Criminal.

De otra parte, encontrándose vigente para la época del juzgamiento de los procesados que representa el demandante el aludido Decreto extraordinario número 0012 de 1959, sus preceptos eran los pertinentes, sin que valga aducir, como lo hace el actor, que dicho estatuto limita el derecho de defensa, pues para deducir una nulidad constitucional, con apoyo en la violación del precepto contenido en el artículo 26 de la Carta, es menester que resulte, de la norma legal aplicada, desconocida, en forma absoluta —y no simplemente limitada— la facultad del sindicado de realizar su defensa.

Cabe anotar, por último, que el delito de homicidio cometido en la persona de López Marín ocurrió el día 1º de julio de 1960, esto es, con posterioridad a la fecha del aludido Decreto

extraordinario número 0012 de 1959, por lo cual debía ser aplicado, como lo fue, en el trámite de este negocio.

Este primer cargo, por tanto, no resulta probado.

Segunda. Violación del artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se dispone que "para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes".

Expresa el demandante que los Agentes de la Policía Nacional, contra quienes resultaron cargos en este proceso, han debido ser juzgados conjuntamente con los demás sindicados, siendo, en consecuencia, ilegal que se haya dispuesto compulsar copias para que la jurisdicción penal castrense conozca con respecto a aquéllos.

Evidentemente, el Decreto legislativo No. 1705 de 1960, a más de declarar que la Policía Nacional es "una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra...", desincorporó a sus miembros de las Fuerzas Militares, a las cuales venían adscritas como cuarto componente. Y como el artículo 170 de la Constitución Nacional señala que "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio' conocerán Cortes Marciales o Tribunales Militares, es obvio que los miembros de la Policía Nacional, por razón del Decreto de 1960, dejaron de estar sometidos, en su juzgamiento por delitos, a la justicia penal militar.

Debían, pues, ser juzgados en este mismo proceso los Agentes de la Policía Nacional a quienes se refiere el impugnante. Pero de este yerro del *ad quem* no se desprende desconocimiento alguno del derecho de defensa de los mandantes del actor, por lo cual no tiene el alcance que éste pretende, de invalidar la sentencia recurrida para reponer el procedimiento desde el auto que declaró cerrada la investigación, proferido el 20 de octubre de 1960.

Las formas propias del juicio, en cuanto al juzgamiento de los procesados Evelio García Ospina y Jesús Gómez Arcila, fueron cumplidas.

Al respecto, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal dice que "el cargo de que se trata nada tiene que ver con la casación, así sea que aparezca envuelto en los ropajes de una nulidad supralegal o sustancial. El cargo constituye más bien tema de un incidente de colisión de competencia negativa o positiva, según sea que la justicia militar acepte o no la determinación del honorable Tribunal de Pereira, y la acepten o no los pretendidos incriminados. En todo caso, la honorable Corte, en el momento actual nada puede ni tiene qué hacer para dirimir dentro del recurso de casación una controversia que se le plantea, y que seguramente es de otro resorte".

No aparece, pues, comprobado este segundo cargo.

Tercera. "La sentencia recurrida...", expresa el impugnante..., "es violatoria de nuestra ley procesal penal en razón de que la investigación encomendada al señor Juez 215 de Instrucción Criminal se le quitó el conocimiento cuando estaba a punto de esclarecer la responsabilidad de los autores intelectuales de la muerte de César López Marín".

A lo anterior replica el señor Agente del Ministerio Público que tales acusaciones o cargos, "de bastante gravedad contra el Jefe de la Seccional de Instrucción Criminal del Departamento de Caldas..., son gratuitas y espectaculares, pues carecen de la más leve comprobación, y no obedecen sino a la fantasía o imaginación del actor, no estando, por tanto, la honorable Corte en la necesidad de considerarlas".

Es cierto que el día 5 de septiembre de 1960 la Jefatura de la Seccional de Instrucción Criminal y Vigilancia Judicial de Caldas, mediante la Resolución número 563, prorrogó, por el término de 30 días, "las comisiones que le fueron conferidas al Juez 215 de Instrucción Criminal, doctor Carlos A. Mejía Sánchez, por medio de las Resoluciones números 489 y 513, de fechas agosto 9 y agosto 18 del año en curso, para que en los Municipios de Calarcá, La Tebaida, Armenia y Génova (Caldas) y demás sitios necesarios continúe adelantando las investigaciones a que se refieren las Resoluciones antes citadas..." (f. 318, Cd. 1º), y aparece, también, que el día 8 del mismo mes de septiembre, el Jefe de la citada Seccional, doctor Jorge Domínguez Gómez, ordenó al Juez mencionado entregar el proceso en el Juzgado Superior de Armenia, sin que en la comunicación respectiva (f. 331, Cd. ib.) se indiquen los motivos para esta determinación, la cual fue obedecida en forma inmediata.

Sin embargo, no aparece prueba alguna que dé respaldo a las aseveraciones del demandante y, antes bien, resulta que para el día ocho de septiembre de 1960 estaba vencido el término legal de instrucción.

De cualquier manera, la tacha propuesta por el señor apoderado de los recurrentes no acarrea nulidad alguna del proceso, que permita invalidar el fallo acusado.

Este tercer cargo no tiene comprobación alguna.

De las consideraciones hechas se desprende que no prospera la causal cuarta de casación invocada por el demandante.

B. *Causal segunda:* "Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

En varias providencias ha expresado esta Sala, en cuanto a la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación, que la función de la Corte "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". (V. G. J. t. LXXXI, Nos. 2160-2161, págs. 845 a 846).

Si ello no fuese así, es obvio que se acabaría con la libertad de apreciación de las pruebas por parte de los juzgadores en las instancias, pues en todos los casos a su criterio podría oponerse, sin serios fundamentos, otro distinto.

Pues bien: El demandante presenta los siguientes cargos con apoyo en la causal segunda de casación:

Primero. Que los testimonios de los hermanos Alvaro y Jaime García Duque (fs. 118 a 120 del Cd. 1º) y el de la señora Ester Duque de García (f. 141, Cd. ib.) no ofrecen serios motivos de credibilidad y no permiten "fundamentar en ellos una sentencia condenatoria...", pues son sospechosos. Y que, de otra parte, "la confesión vertida por Aldemar Acevedo Céspedes (alias 'El Amarillo') sí tiene el valor suficiente para eximir de responsabilidad penal a los procesados Jesús Gómez Arcila y Evelio García Ospina, por cuanto que al confesar su delito, lo hizo movido porque en 'el ánimo del hombre hay siempre un instinto simpático hacia la verdad que se opone a la mentira', como lo dice Framarino. Por tal motivo, dicha confesión reúne los presupuestos exigidos por el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, y es necesario tomarla en toda su integridad jurídica".

Segundo. Que el testimonio de la mujer Idalia Quiceno, tomado en cuenta para condenar a Evelio García Ospina, no merece credibilidad por la calidad de prostituta en la deponente.

Tercero. Que "aceptando en gracia de discusión que Evelio García Ospina haya transportado a los autores materiales del crimen en un automóvil de servicio público, nada tiene que ver con los actos concomitantes del delito de homicidio. Evelio García Ospina pudo haber transportado en su automóvil a Francisco Antonio Correa y Aldemar Acevedo Céspedes, pero este hecho no quiere decir que su actividad material la encaminó hacia la eliminación del señor López Marín. Los criminales también se hubieran podido trasladar a pie o en otro vehículo hasta el sitio donde proyectaban la eliminación del señor Marín. Para consumar el delito de homicidio y por medio de los disparos de revólver, no era necesario el vehículo de Evelio García Ospina, ya que los disparos no fueron hechos desde dicho vehículo, ni García Ospina estuvo atento observando la salida del señor López del teatro, ni les prestó el revólver, ni los alentó ni estimuló con su presencia en el teatro de los acontecimientos. Si los transportó y volvió a recogerlos en el sitio cercano al lugar de los acontecimientos, pero aceptando esto en gracia de discusión, se podría imputarle un posible encubrimiento, pero de ninguna manera una cooperación necesaria".

Agrega que "el error del Tribunal consiste, precisamente, en que no precisó el género de participación física atribuída a Evelio García Ospina en la muerte de César López Marín. Y el error de derecho está en que le atribuyó un valor probatorio que no tiene al hecho de que García Ospina haya transportado hasta un sitio cercano a la residencia de López Marín a los criminales, y posteriormente los hubiera recogido para llevarlos a 'Río Rojo'...".

A las anteriores tachas formuladas contra la sentencia recurrida, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal replica lo que pasa a transcribirse:

"Todas estas acusaciones merecen esta global respuesta:

"Es de anotar que en la sentencia de primera instancia se hace un estudio muy detenido y pormenorizado de todos los elementos de juicio que le sirven de sustentación. E igual cosa ocurre con la de segunda instancia, dándose en uno y otro fallo la razón, la explicación y el fundamento de las respectivas premisas y conclusiones sentadas, y evidenciándose además la forma como los juzgadores de una y otra instancia llegaron a adquirir un fundado convencimiento legal-moral sobre el proceso.

"Es indudable que el autor de la demanda al recurrir, en favor de sus representados, a la causal segunda, todo lo que hace es formular una serie de acusaciones al fallo recurrido, que no recibe demostración alguna, y que aún en el caso de que la hubiera recibido, no daría pie para reconocer que el fallador, al apreciar las pruebas de autos, incurrió en un error protuberante o manifiesto que obligue a esa superioridad a subsanarlo.

"Y vistas las cosas desde otro ángulo, cabe agregar que con las alegaciones hechas por el distinguido apoderado de los recurrentes, se pretende oponer al criterio que él adopta al valorar las probanzas del expediente, el criterio adoptado por el sentenciador. Oposición que es sencillamente inútil, porque de ella no puede derivarse fruto o beneficio ante un Tribunal de casación.

"Se repite que no se evidencia yerro grave o notable en el juicio elaborado por el *ad quem* al dictar sentencia, y que, antes bien, con gran acierto y propiedad, y en una forma coordinada, éste analizó todas y cada una de las pruebas que le dan asidero a su determinación, siendo de especial anotación el análisis que hace de la pretendida 'confesión' cuasi póstuma que emitió el procesado y principal actor de los hechos, Aldemar Acevedo Céspedes.

"Por consiguiente, no es el caso de que la honorable Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de casación que es y no de instancia, se detenga a considerar una y otra de las razones expuestas en la demanda de que se habla".

Cita, luego, el fallo de esta Sala, de 28 de septiembre de 1962, en el cual se dice:

"1ª. En repetidos fallos la Sala de Casación Penal ha tenido que referirse a la causal segunda propuesta en negocios cuyo trámite se ha surtido de acuerdo con el Decreto 0012 de 1959, para adoctrinar en el sentido de que si bien cabe proponer ese motivo de impugnación, por no intervenir el Jurado, es condición indispensable para que prospere el recurso, que el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea o indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable la violación indirecta de la ley.

"2ª Pero no se acomoda a las exigencias de la causal segunda simplemente formular reparos parciales al caudal probatorio o pretender hacer privar un criterio subjetivo de valoración opuesto al del Tribunal, porque este sistema de crítica que el actor pueda adoptar no se impondría sobre el que es del legal arbitrio de las instancias, ni enseñaría objetivamente la presencia del error de hecho".

Ahora bien: Es evidente, como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, que en el fallo impugnado no se incurre en error manifiesto en la apreciación de las pruebas tomadas en cuenta para condenar a los procesados Jesús Gómez Arcila y Evelio García Ospina, como copartícipes en el delito de homicidio cometido en la persona de Carlos López Marín.

No asevera el demandante que sean falsos los testimonios de los hermanos Alvaro y Jaime García Duque, ni los de Ester Duque de García y las mujeres de vida licenciosa Ana Adalgisa Bedoya Delgado, Ana Beiba Jiménez, Fanny Cortés, Idalia Quiceno Cardona, Rubiela González e Ismenia Ospina, sino que el *ad quem* no podía otorgarles credibilidad alguna. Pero las consideraciones del señor apoderado de los recurrentes, con las cuales pretende acreditar que tales declaraciones no merecen credibilidad, no tienen fuerza demostrativa. En efecto, no pasa de ser una aseveración sin respaldo el dicho del impugnante de que los García Duque y Esther Duque de García "afirman hechos que no pudieron percibir, por ejemplo: la marca del revólver que se dice que entregó Aldemar Acevedo Céspedes (alias 'El Amarillo') a Jesús Gómez Arcila, y el dinero que dizque este le entregó por haber cometido el crimen..., que fue 'como quinientos pesos en billetes de veinte pesos'...", porque no es imposible que una persona, al observar en las manos de otra un revólver pueda darse cuenta de qué marca es, ni que al mirar la entrega de un fajo de billetes de veinte pesos, pueda estimar que ellos alcancen una suma "como de quinientos pesos". Asimismo, la sola condición de prostituta de una testigo no lleva necesariamente a concluir que su testimonio sea falso.

De otra parte, mal puede apoyarse en la ampliación de indagatoria del procesado Aldemar Acevedo Céspedes (alias 'El Amarillo'), en la cual exculpa, entre otros, a los sindicados Jesús Gómez Arcila y Evelio García Ospina en el delito de homicidio cometido en la persona de López Marín, un supuesto error en la apreciación que el *ad quem* hace de las pruebas de cargo contra los recurrentes, como lo pretende el demandante, pues la versión del citado Acevedo Céspedes, al respecto, ofrece la sospecha de haber sido llevada al proceso durante la segunda instancia, des-

pués de que tal declarante había sido condenado por el Juzgado Superior de Armenia y luego de que había negado toda participación en el delito materia de la investigación penal. Con toda razón se dice en la sentencia impugnada que el "supuesto desconocimiento..." que el sindicado Acevedo Céspedes hace en su ampliación de indagatoria... "de Evelio García Ospina, Jesús Gómez Arcila y Francisco Antonio Sepúlveda Correa (alias 'El Mono') es tan infantil, que basta ver que fue capturado con el último en Caicedonia, cuando departían juntos; Idalia Quiceno, Hebert y Jaír González, y Carmen Ramírez lo vieron con Evelio García Ospina y con 'El Mono' la noche del insuceso, y antes de éste ocurrir, tomando juntos en la cantina de Marina 'La Bozuda', y todos ellos, a excepción de la Ramírez, lo acompañaron en el carro de Evelio cuando iba a ejecutar el crimen...".

No ha demostrado el demandante que el *ad quem* incurrió en ese yerro manifiesto en la estimación de las pruebas, único que permite invalidar la sentencia con fundamento en la causal segunda de casación. Unicamente cuando se demuestre que las conclusiones de la sentencia impugnada están en desacuerdo con una evidencia contraria, apoyada ésta en pruebas irrefutables, cabe admitir que el juzgador de instancia ha caído en ese error protuberante que permite casar el fallo recurrido. Al oponerse simplemente el demandante al criterio del *ad quem*, en cuanto a la credibilidad que le concede a los testigos de cargo —como ocurre en este caso—, enfrentando su personal opinión, pero sin haber demostrado que el juzgador incurrió en error manifiesto en la apreciación de tales declaraciones, no ha comprobado los reparos propuestos contra la sentencia. Ni puede prosperar la causal segunda de casación sólo porque el impugnante estime que la versión de uno de los procesados, favorable a los recurrentes, tiene tal fuerza de credibilidad que permite aseverar que son falsos los testimonios de cargo, siendo así que ese dicho aparece protuberantemente sospechoso y contradicho por otras pruebas.

C. *Causal primera:* "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Sin pretender demostrarlo, el demandante afirma que la sentencia recurrida es violatoria de la ley penal sustantiva, porque "el honorable Tribunal interpretó erróneamente el artículo 19 del Código Penal, al cargar a la cuenta de la responsabilidad de Alvaro (sic) García Ospina un hecho que no tiene la gravedad que le atribuyó en la sentencia". Agrega que "no estando demostrado debidamente el grado de participación en el delito, no se le podía imponer la agravante de asesinato".

Al respecto, es obvio que no habiendo prosperado la causal segunda de casación, la causal primera debe correr la misma adversa suerte, pues la tacha señalada por el impugnante se apoya en los reparos presentados en cuanto a la apreciación de las pruebas en el fallo recurrido, los cuales no resultaron demostrados.

Este cargo no resulta acreditado.

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, *desecha* el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira de que se ha hecho referencia, en lo que respecta a los procesados Evelio García Ospina y Jesús Gómez Arcila.

Igualmente, declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el mismo fallo por los procesados Francisco Antonio Sepúlveda y Aldemar Acevedo Céspedes, y los condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

LEY PROCEDIMENTAL APLICABLE PARA EL JUZGAMIENTO POR DELITOS COMETIDOS POR AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL

Alcance del fuero penal castrense. — La Constitución Nacional no establece fuero sino para los delitos típicamente militares. — Prevalencia del artículo 170 de la Carta en armonía con el 215 ibídem.

1. No es preciso para decidir la casación interpuesta por el señor Agente del Ministerio Público contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, entrar a estudiar los planteamientos de la demanda sobre la ley procedimental aplicable para el juzgamiento del Agente de la Policía incriminado, cuestión ésta que ya en otros fallos la Corte ha definido de modo concreto, distinguiendo las etapas de sumario y juicio y el verdadero alcance del fuero castrense, porque el aspecto fundamental del caso que se examina es de otro orden.

Aparte de que la competencia para juzgar está procesalmente condicionada a la segunda etapa, y de que sí es presumible como más favorable a todo procesado la ley ordinaria, dado que el fuero no es un privilegio, **ni necesariamente una garantía más para la persona que lo tiene en razón de su cargo, el delito sentenciado en la presente causa, según todos los elementos probatorios, fue un delito común, y nada hay en la actuación que permita afirmar o siquiera suponer que el agente lo cometió en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.**

2. La Constitución Nacional (artículo 170) estableció el fuero militar para los miembros del Ejército "en servicio activo y en relación con el mismo servicio", caso de infracciones penales, y asignó su conocimiento a "Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". El texto de la Carta citada no establece fuero sino para los delitos típicamente militares, y pretender extenderlo a los delitos comunes sobrepasa el ordenamiento constitucional.

En tales condiciones, como es obvio, la Corte para definir la competencia ha tenido como prevalente el acotado artículo 170, y le ha dado aplicación, en armonía con el 215, ibídem.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

El Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 25 de octubre del año de 1961, en causa con intervención del Jurado, condenó a Miguel Arturo Hernández Ramírez, Agente de la Policía Nacional (División Boyacá), a la pena principal de diez (10) años de presidio y a las pertinentes accesorias, "como autor responsable del delito de *homicidio* cometido en la persona de Francisco Piamonte Chaparro, a consecuencia de herida producida por proyectil de arma de fuego de corto alcance; hecho que tuvo ocurrencia en la noche del ocho (8) de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), en el Corregimiento de Oicatá, jurisdicción municipal de Tunja".

Lo resuelto por la instancia fue confirmado por el Tribunal Superior del citado Distrito en fallo de 30 de mayo de 1962, contra el cual interpuso el señor Fiscal de esa corporación recurso extraordinario de casación.

De su mérito procede la Corte a resolver, agotado como está el trámite del recurso.

Hechos y actuación procesal.

1º Como la causal de casación invocada por el recurrente es únicamente la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a los hechos que die-

ron origen al proceso suficiente es transcribir la versión que de ellos hace la sentencia de primer grado:

"En el Corregimiento de Oicatá, comprensión municipal de Tunja, se celebraron algunas festividades religiosas en los días siete, ocho y nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, a las cuales concurrieron bastantes parroquianos, quienes luego de asistir a los oficios de rigor en la iglesia, se dedicaban a ingerir bebidas embriagantes y a bailar con la música de un equipo de sonido previamente instalado en la plaza.

"En la noche del ocho de diciembre varios campesinos se encontraban en torno del aparato de música, entre los cuales se contaba Francisco Piamonte Chaparro, a quien al parecer el Agente de Policía Nacional Misael Alfonso Galindo le hacía en ese momento alguna observación. De pronto y sin mediar motivo alguno se acercó a él Miguel Arturo Hernández Ramírez, otro de los Agentes de la Policía Nacional que prestaba allí servicio, y propinó a Piamonte un empujón arrojándolo al suelo, y al incorporarse éste le hizo un disparo con revólver de dotación oficial que portaba, causándole la muerte instantánea".

2º El proceso, concluída la etapa investigativa y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, fue calificado por el Juez del conocimiento con auto de llamamiento a juicio el 17 de septiembre de 1960. Celebrada la audiencia pública el 22 de agosto del siguiente año, el Jurado declaró "responsable de homicidio voluntario" al acusado, y con fundamento en este veredicto se dictó el fallo condenatorio.

3º En la segunda instancia el señor Fiscal del Tribunal solicitó se declarara nulo el juicio por incompetencia de jurisdicción, alegando al efecto que el procesado, en su calidad de Agente de la Policía Nacional, debía ser juzgado por las autoridades castrenses. Los planteamientos del Ministerio Público fueron examinados por el *ad quem*, para concluír que no había lugar a invalidar la actuación, con base en razonamientos que habrán de ser considerados en esta sentencia, puesto que la demanda de casación versa sobre el mismo aspecto procesal.

Demanda de casación.

En escrito que obra de folios 13 a 22 del cuaderno número 4, está contenida la demanda formulada por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en la que, como ya lo anotó la Sala, se impugna el fallo con fundamento en la causal cuarta, es decir, por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad.

Arguye el recurrente que por tener el acusado a la fecha de la comisión del delito la calidad oficial de Agente de la Policía, y por cuanto "estaba en ejercicio de sus funciones, prestando servicio en el Puesto de Oicatá, precisamente donde ocurrió el delito", compete a la Justicia Penal Militar el conocimiento de los autos, teniendo en cuenta lo que en materia de fuero para la Policía estatuyeron los Decretos 1814 de 1953, 2900 del mismo año, 1426 de 1954 y 0250 de 1958 (Código de Justicia Penal Militar).

Para el demandante, el Decreto 1705 de 18 de julio de 1960 no podía ser tenido en cuenta para definir la competencia, por ser "evidentemente posterior a la ocurrencia de los hechos de que se ocupó este proceso" (8 de diciembre de 1959).

Para jurídicamente dar respaldo a su tesis en materia de fuero y retroactividad de la ley en este particular, cita la sentencia dictada por la Sala el 27 de julio de 1961, y hace especial hincapié en el salvamento de voto de uno de sus Magistrados, para concluír que para el caso *sub judice* debe estarse a la ley vigente en la fecha de la comisión del delito, pues no puede presumirse que para el acusado fuera más favorable la ley posterior.

Considera la Corte:

1º No es preciso para decidir la casación interpuesta por el señor Agente del Ministerio Público contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, entrar a estudiar los planteamientos de la demanda sobre la ley procedimental aplicable para el juzgamiento del Agente de la Policía incriminado, Hernández Ramírez, cuestión ésta que ya en otros fallos la Corte ha definido de modo concreto distinguiendo las etapas de sumario y juicio y el verdadero alcance del *fuero* castrense, porque el aspecto fundamental del caso que se examina es de otro orden.

Aparte de que la competencia para juzgar está procesalmente condicionada a la segunda etapa, y de que sí es presumible como más favorable a todo procesado la ley ordinaria, dado que el fuero no es jurídicamente un *privilegio*, ni necesariamente una garantía más para la persona que lo tiene en razón de su cargo, el delito sentenciado en la presente causa, según todos los elementos probatorios fue un delito común, y nada hay en la actuación que permita afirmar o siquiera suponer que el Agente lo cometió en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

2º La Constitución Nacional (artículo 170) estableció el fuero militar para los miembros del Ejército "en servicio activo y en relación con el mismo servicio", caso de infracciones penales, y asignó su conocimiento a "Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". El texto de la Carta citado no establece fuero sino para los delitos típicamente militares, y pretender extenderlo a los delitos comunes sobrepasa el ordenamiento constitucional.

3º En tales condiciones, como es obvio la Corte para definir la competencia ha tenido como prevalente el acotado artículo 170, y le ha dado aplicación, en armonía con el 215, ibídem. Con el mismo criterio entiende que la sentencia recurrida no está afectada de nulidad y que el procedimiento seguido se ajusta a derecho.

4º Resta advertir que el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar la demanda, y que aunque el acusado también interpuso el recurso de casación, la acusación contra el fallo no la formalizó, omisión que impone declararlo desierto respecto de este recurrente.

Todo lo dicho indica que el recurso no prospera, y que procede obrar en concordancia con los artículos 567 y 565 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

Por todo 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, *resuelve:*

1º *Desechar* el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal de Tunja, a que se ha hecho mérito, y

2º *Declarar desierto* el mismo recurso interpuesto por el acusado Miguel Arturo Hernández Ramírez, y condenarlo al pago de las costas procesales.

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

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ERROR DE TECNICA EN LA FUNDAMENTACION DE LA DEMANDA

Cuando se contempla lo relativo a la errada interpretación o apreciación de los hechos, debe invocarse en primer término y como principal la causal 2ª y no la 1ª. — Causal 7ª de casación penal.

El cargo propuesto con invocación exclusiva de la causal primera, sostiene que no están probadas en el proceso las circunstancias constitutivas del homicidio, asesinato, contempladas en los numerales 5º y 2º del artículo 363 del Código Penal, o sea las de la alevcsía y las de la premeditación. Esto quiere decir, que el demandante ataca la sentencia recurrida alegando que no están probadas las circunstancias constitutivas del asesinato, y entonces la causal que técnicamente ha debido invocarse, en primer término y como principal, es la segunda y no la primera, ya que aquélla es la que contempla lo relativo a la errada interpretación o apreciación de los hechos, en cuanto "sean elementos constitutivos del delito, determinantes o eximentes de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Cuando se presenta una situación como la alegada en el presente caso, la Corte ha sostenido, en varias ocasiones, que la causal que debe aducirse como principal es la segunda y consecuencialmente la primera, porque para atacar los hechos o situaciones que se dan por probados en la sentencia acusada, y que estructuran el delito, es necesario que primero se estudien y analicen estos hechos y se demuestre fehacientemente el error manifiesto en que incurrió el fallador de instancia al estimarlos y darlos por suficientemente probados, para luego señalar los preceptos sustantivos penales que se consideren violados, pues en estos casos en la violación de la ley penal no se incurre por error en su interpretación, sino indirectamente y por una errada apreciación de los hechos o pruebas del proceso, cuestión que no se puede establecer sino invocando principalmente la causal segunda de casación, y no como lo hace el recurrente, exclusivamente la causal primera.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por sentencia fechada el veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y dos, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juez Tercero Superior de dichc distrito, condenó a José Jesús Bermúdez M. a la pena principal de quince años de presidio más las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio agravado, consumado en la persona de Miguel Angel Alvarez Acevedo, en la población de Belén de Umbría el 14 de julio de 1957.

Contra esta sentencia de segundo grado, oportunamente interpusieron el recurso extraordinario de casación el procesado y su defensor, doctor Abelardo Restrepo Vélez, quien presentó la correspondiente demanda de casación, invocando las causales primera y séptima del artículo 567 del Código Penal.

Hechos y actuación procesal.

El Juez de primera instancia resume los hechos materia del proceso y los que sirvieron de fundamento para dictar la sentencia recurrida, en la forma siguiente:

"El catorce de julio de mil novecientos cincuenta y siete, aproximadamente a las once y media de la noche, en el barrio de tolerancia del Municipio de Belén de Umbría, Caldas, median-

te heridas ocasionadas con arma de fuego, fue muerto en forma violenta el campesino Miguel Angel Alvarez en cantina de propiedad de la mujer Ernestina Gañán Olaya o Dora González O., cuando se dedicaba a ingerir bebidas embriagantes. Certeros disparos de revólver hechos a quemarropa acabaron con su existencia en contados minutos, mientras el agresor huía con rumbo desconocido bajo la mirada cómplice de la dueña de la cantina, meseros y parroquianos.

"*Resultandos:*

"Iniciada la correspondiente investigación, múltiples obstáculos se presentaron en relación con la identificación del autor material de tal acto delictuoso debido al mutismo de varios testigos presenciales, hasta que se desembocó en la declaración sin juramento del sujeto José Zapata Vásquez, que vino a convertirse en testigo de excepcional importancia para deducirle responsabilidad plena a José Jesús Bermúdez M. (a. Suso) como autor directo de la muerte de Alvarez.

"Dijo, efectivamente, este testigo que la noche de autos había hecho compañía por algún tiempo al procesado Bermúdez en el barrio de tolerancia de Belén de Umbría, con quien se había tomado algunas cervezas; que aproximadamente a las once y media de la noche se hicieron presentes en la cantina de Dora González O., donde se hallaba el occiso Alvarez; que a ruegos de Bermúdez el testigo Zapata Vásquez se quedó en la puerta de dicho establecimiento, habiéndose dado perfecta cuenta cuando el procesado, en acto rápido, desenfundó un revólver disparándolo repetidamente contra Alvarez, que se hallaba al pie del mostrador; que precipitadamente aquél abandonó el lugar mientras él, la dueña de la cantina, el mesero Pedro Antonio Trejos y otras personas corrían a prestar auxilio a la víctima y a dar el correspondiente aviso a las autoridades de Policía.

"Numerosos testimonios se recibieron con miras a establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos investigados, sin que nadie ofreciera datos ciertos en relación con el autor material de tal infracción. Las personas que rindieron testimonio simplemente hacían referencia al hecho de que el posible autor de la muerte de Miguel Angel Alvarez Acevedo hab'a sido Suso Bermúdez, sujeto reputado en la población como de malos antecedentes.

"Constatada, efectivamente, la presencia de Suso Bermúdez en la zona de tolerancia de Belén de Umbría en la noche de autos, se fue creando una situación de cerco alrededor de éste, que culminó, como ya se dijo atrás, con la delación de su compañero José Zapata Vásquez".

El Juez Tercero Superior de Pereira, a quien le correspondió el conocimiento del negocio, por auto del 29 de abril de 1958, abrió causa criminal de oficio, y con intervención del Jurado, contra José Jesús Bermúdez (alias "Suso") "como responsable de haber dado muerte, con intención de matar, con premeditación, acompañada de motivos innobles y bajos, y con circunstancias que pusieron la víctima en condiciones de inferioridad, como la alevosía, al señor Miguel Angel Alvarez".

En la audiencia pública se sometió a los Jueces de Conciencia el cuestionario redactado, conforme a los cargos deducidos en el auto de proceder, en los términos siguientes:

"¿El procesado José Jesús Bermúdez (alias 'Suso'), de la naturaleza y demás condiciones civiles conocidas a través de este expediente, es responsable de haber dado muerte, con intención de matar, con premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos, y con circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la alevosía, mediante heridas ocasionadas con arma de fuego (revólver) al señor Miguel Alvarez, que ocasionaron su deceso en forma instantánea, hecho ocurrido a eso de las once y media de la noche del día catorce de julio de mil novecientos cincuenta y siete, dentro de la cantina de Ernestina Gañán Olaya o Dora González, situada en la zona de tolerancia del Municipio de Belén de Umbría, Caldas?".

A este cuestionario respondieron dos de los jurados: "Sí es responsable".

El miembro del Jurado señor Eduardo Vallejo respondió: "Las pruebas no son suficientes. No es responsable".

Con fundamento en este veredicto, en el que por mayoría se aceptó la responsabilidad del procesado Bermúdez, el *a quo* profirió la sentencia de primera instancia el 14 de marzo de 1962, en la que se condenó al acusado como responsable de un homicidio agravado, por concurrir las circunstancias previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, al mínimo de la pena privativa de la libertad establecida en esta disposición, es decir, a la de quince años de presidio.

La sentencia de primer grado fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Pereira, en el fallo que ha sido recurrido en casación.

Demanda de casación.

El libelo en el que se sustenta el recurso de casación es un breve escrito, en el que el abogado defensor propone, en su orden, para impugnar el fallo acusado, las causales primera y séptima del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera. Violación de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Con el propósito de fundamentar esta causal el actor se limita a exponer lo siguiente:

"El sentenciador violó el artículo 363 del Código Penal, y le dio errónea e indebida aplicación al confundir el simple acto material o de ejecución imputado al procesado sin pruebas, con la alevosía, circunstancia ésta que no está probada en el proceso (numeral 5º del art. 363 del C. P.). Igualmente computó la circunstancia del numeral 2º de la acotada disposición, al presumir la premeditación, que no está demostrada en el proceso y que debe estar probada como el hecho mismo, tal como lo ha sostenido la honorable Sala de Casación Penal de la Corte. La pena que comporta el homicidio de que da cuenta este proceso, en caso de que se hubiera probado la responsabilidad del sindicado con las pruebas que exige la ley, y no con la declaración de un preso sindicado por el mismo ilícito, no es otra que la que señala el artículo 362 del Código Penal, en el grado mínimo, por existir mayor número de circunstancias atenuantes que agravantes; es decir, la de ocho años de presidio. En ningún caso la aberrante de quince años".

Se contesta:

Como claramente se deduce de lo transcrito, el cargo propuesto con invocación exclusiva de la causal primera, sostiene que no están probadas en el proceso las circunstancias constitutivas del homicidio, asesinato, contempladas en los numerales 5º y 2º del artículo 363 del Código Penal, o sea las de la alevosía y las de la premeditación. Esto quiere decir que el demandante ataca la sentencia recurrida alegando que no están probadas las circunstancias constitutivas del asesinato, y entonces la causal que técnicamente ha debido invocarse, en primer término y como principal, es la segunda y no la primera, ya que aquélla es la que contempla lo relativo a la errada interpretación o apreciación de los hechos, en cuanto "sean *elementos constitutivos del delito,* determinantes o eximentes de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Cuando se presenta una situación como la alegada en el presente caso, la Corte ha sostenido, en varias ocasiones, que la causal que debe aducirse como principal, es la segunda y consecuencialmente la primera, porque para atacar los hechos o situaciones que se dan por probados en la sentencia acusada y que estructuran el delito, es necesario que primero se estudien y analicen estos hechos, y se demuestre fehacientemente el error manifiesto en que incurrió el fallador de instancia al estimarlos y darlos por suficiente mente probados, para luego señalar los preceptos sustantivos penales que se consideran violados, pues en estos casos en la violación de la ley penal no se incurre por error en su interpretación, sino indirectamente y por una errada apreciación de los hechos o pruebas del proceso, cuestión que no se puede establecer sino invocando principalmente la causal segunda de casación, y no como lo hace el recurrente, exclusivamente la causal primera.

El impugnador se abstuvo de invocar primeramente la causal segunda de casación, porque seguramente sabe, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, ella no procede en los juicios, en que como el presente, ha intervenido el Jurado.

Para eludir esta dificultad resolvió acudir exclusivamente a la causal primera, incurriendo así en un grave error de técnica que impide que el cargo formulado con fundamento en esta causal pueda properar.

Causal séptima. Cuando la sentencia se haya dictado sobre veredicto evidentemente contradictorio.

Con la pretensión de demostrar o fundamentar esta causal el recurrente razona de la manera siguiente:

"La afirmación del sentenciador de primera instancia relativa a que uno de los jurados, el señor Eduardo Vallejo B., no estuvo de acuerdo con sus compañeros, está en contradicción con las respuestas dadas al cuestionario, en el cual los tres jueces del pueblo afirman la responsabilidad y la niegan al mismo tiempo. Tanto la afirmación como la negación están firmadas en forma unánime por los tres jurados. No hay ninguna manifestación suscrita por uno solo de los jurados y firmada unitariamente por éste. Tanto la afirmación como la negación de la responsabilidad están suscritas por todos los miembros del Jurado. No hay, pues, veredicto, al tenor de lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley

4ª de 1943, que ordena a los Jueces de hecho contestar cada uno de los cuestionarios sometidos a su consideración con un *sí* o un *no;* pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente a la contestación. Esto no se cumplió en el caso a estudio, donde no se observa ningún disentimiento de los jurados en las respuestas, que aparezca suscrito con la firma de uno solo de los jurados. Después de pronunciado el veredicto se quiso configurar una mayoría condenatoria de los jurados, con una actuación equívoca, que se presta a graves dudas: no se sabe si fue el Secretario del Juzgado o qué persona la que pretendió establecer el disentimiento de uno de los miembros del Jurado con sus restantes compañeros, trazando una línea vertical e indicando con una flechita de tal línea el nombre del jurado señor Eduardo Vallejo B. Pretender acreditar con una línea transversal en un cuestionario un veredicto de culpabilidad o de inculpabilidad sería tanto como someter al azar el juzgamiento de los procesados: para que haya veredicto en forma legal se necesita que los jurados digan Sí o No. Pero pretender atribuír una veredicción distinta a un jurado que firma con sus restantes compañeros por unanimidad, un veredicto, con una simple raya, es un recurso inaceptable que de prosperar, se prestaría a fraudes contra la ley, porque la justicia penal y la responsabilidad de los sindicados no puede depender de signos mudos, como lo son una raya lateral con una pequeña flecha en la punta, que no se sabe quién puso al pie del veredicto contradictorio pronunciado en la causa por homicidio contra Jesús Bermúdez M.''.

''.....

''Todos los miembros del Jurado firmaron por unanimidad, tanto la proposición afirmativa como la negativa. Ningún jurado salvó su voto firmando con su sola firma una respuesta distinta a las dadas por unanimidad al cuestionario propuesto. Pero lo curioso y extraordinario es que después de emitido el veredicto y de leído al público, el señor Juez no hubiera convocado en el acto al juri para que aclarara su veredicto, sino que con posterioridad con una simple raya se pretende fabricar un veredicto de culpabilidad 'dizque por mayoría' ''.

Respuesta de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, replica en forma concluyente el cargo propuesto por el actor con invocación de la causal séptima, en los términos siguientes:

''En criterio de esta Agencia del Ministerio Público, el cargo planteado en la forma y manera como lo expone el señor impugnador, adolece de todo piso jurídico y desconoce, cabalmente, el significado e interpretación de la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

''Lo fundamental del cargo reside en una apreciación subjetiva del señor opositor sobre el hecho de que la sentencia que se pretende invalidar fue dictada auspiciándose en un veredicto contradictorio. Una juiciosa lectura de las Actas que contienen los resultados de la Audiencia Pública y de las respuestas al cuestionario único formulado por el Juez de la causa, esclarecen toda duda al respecto, en el sentido de que la veredicción dada por el Tribunal Popular no encierra ni contiene proposiciones ni términos contradictorios entre sí, y que, a la inversa, es suficientemente clara, como expresión de los Jueces de hecho, en el sentido de definir la responsabilidad de Bermúdez Morales de acuerdo con las propuestas del Juzgado Superior. Ninguna duda ni equívoco puede fraguarse sobre este particular: dos de los integrantes del Jurado respondieron con fórmula textual a la inquisición del *a quo;* uno, cumpliendo en forma acertada con el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, respondió: 'Las pruebas no son suficientes. No es responsable'. El Juez de la causa, cumpliendo con su cometido de acomodar a derecho la opinión del juri, no halló, como no lo halla este Ministerio Público, óbice ninguno para construír sobre el veredicto que emitiera la correspondiente sentencia.

''La comprensión de lo contradictorio de un veredicto está suficientemente esclarecida por numerosa, al tiempo que unánime, jurisprudencia de la honorable Corte; y ella debe entenderse como el resultado de afirmar y negar a un mismo tiempo dentro de los términos del mismo.

''El veredicto acogido por la mayoría en el presente caso, fue el de 'sí es responsable', criterio del cual discrepó uno de los jurados, dando sus razones para ese desacuerdo.

''En el folio 288 del primer cuaderno es verificable la respuesta del Jurado al cuestionario del Juzgado y la manera como cada uno de los tres miembros del Tribunal de Conciencia dio respuesta al problema que se les propusiera. Los señores Gustavo Angel R. y Gonzalo Mesa se decidieron por la responsabilidad del procesado José de Jesús Bermúdez, el señor Eduardo Va-

llejo B. optó por la no responsabilidad, afirmada, en su concepto, por la insuficiencia de pruebas. Por los mismos caracteres grafológicos externos fácilmente apreciables a simple vista, y aun, por el color de la tinta que usaran para estampar sus respuestas y firmas, se puede establecer, como lo hace este Despacho, que cada uno de ellos individualizó y responsabilizó su criterio como jurado alrededor del caso de autos.

"Las afirmaciones del opositor son desconcertantemente gratuitas y ligeras, hasta el extremo de imputar a los funcionarios del Juzgado de primera instancia, actuaciones que lindarían con lo ilícito, y que, de hecho, repudia este Ministerio Público".

Se considera:

Razón suficiente ha tenido el señor Agente del Ministerio Público en calificar las argumentaciones expuestas por el actor para sustentar esta causal, de gratuitas y ligeras, pues basta leer con algún detenimiento la forma como los jurados dieron respuesta escrita al cuestionario único que se les propuso, y que figura al folio 288 del cuaderno principal, al pie de dicho cuestionario, para persuadirse de que el cargo propuesto carece de todo respaldo procesal, y es, por lo tanto, completamente infundado.

En efecto, según puede fácilmente comprobarse de la respuesta escrita de su puño y letra dada por cada uno de los jurados y firmada por todos éstos, no hay lugar a dudas de que la decisión condenatoria se adoptó por mayoría de votos, pues dos de los jurados, o sea los señores Gustavo Angel y Gonzalo Mesa, respondieron por escrito: "Sí es responsable". El jurado señor Eduardo Vallejo, quien se apartó del criterio de la mayoría de sus compañeros, dio por escrito la respuesta siguiente: "Las pruebas no son suficientes. No es responsable".

Sin gran esfuerzo y por los rasgos grafológicos de las respuestas y de las firmas de cada uno de los jurados, así como por el simple color diferente de las tintas usadas por éstos, no cabe la menor duda cuál fue la respuesta dada individualmente por los Jueces de Conciencia, dos de los cuales, es decir, la mayoría, se decidieron por la responsabilidad del procesado José Jesús Bermúdez.

Además, en la respectiva acta de la audiencia pública, según consta al folio 292, se dejó expresa constancia, en relación con la decisión adoptada por los Jueces de Conciencia, de lo siguiente: "Después de transcurridos veinticinco minutos de deliberación entregaron el cuestionario propuesto, con las siguientes respuestas dadas en desacuerdo: "Sí es responsable", por mayor; y 'Las pruebas no son suficientes. No es responsable'. Las anteriores respuestas fueron leídas al público en voz alta por el señor Juez".

A pesar de que el acta de audiencia fue firmada por todos los que en ella intervinieron, entre los que figura el defensor del procesado Bermúdez, doctor Gilberto Hormaza, en ningún momento fue objetada ni redargüída de falsa, siendo así que el cargo ahora propuesto en casación con invocación de la causal séptima, necesariamente entrañaría que en dicha acta se incurrió en una falsedad ideológica, lo cual ni siquiera se ha atrevido a sostener el demandante al fundamentar dicho cargo.

Síguese de lo dicho que tampoco puede prosperar la causal séptima de casación, invocada en último término en la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, *desecha* el recurso de casación propuesto contra la sentencia de fecha veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, y a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. — CAUSAL CUARTA DE CASACION.—NULIDADES CON RELACION AL DERECHO DE DEFENSA

La Corte ha dicho: "el Código de Procedimiento Penal, en orden a la etapa del sumario, no establece nulidades con relación al derecho de defensa, y las que tiene acordadas la jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Nacional, respecto de ese derecho, se refieren al juicio".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio siete de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 27 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó a Eliseo Arbeláez Arcila como responsable del delito de homicidio en Segundo López, a la pena de quince (15) años de presidio y correspondientes accesorias.

Hechos y actuación.

La tarde del 8 de agosto de 1958 Arbeláez Arcila, en asocio de un sujeto cuya identidad no se logró desentrañar en el proceso, causó la muerte de Segundo López, dentro de la propia área urbana del Corregimiento de El Tolrá, en el Municipio de Pijao, mediante disparos de arma de fuego y golpes de machete.

De estos hechos conoció el Juzgado 1º Superior de Armenia, el cual, entendiéndolos como constitutivos del delito de homicidio, en la modalidad de asesinato, en auto del 8 de septiembre de 1961, llamó a juicio, por razón de ellos, al predicho Arbeláez Arcila, determinación que el Tribunal confirmó en proveído del 7 de diciembre del mismo año.

Con arreglo a este auto de proceder se interrogó al Jurado, y como su respuesta fue afirmativa respecto, incluso, de las modalidades de asesinato que se le plantearon, el Juzgado, en sentencia del 8 de mayo del año pasado, condenó al citado Arbeláez Arcila a la pena de quince (15) años de presidio y consiguientes accesorias, fallo que el expresado Tribunal confirmó en el suyo del 27 de agosto.

Demanda de casación.

En la demanda, presentada conforme a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca como única causal de casación la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada es "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que sustenta luego diciendo, de una parte, que como "el procesado no tuvo apoderado durante toda la etapa del sumario", ello significa que "le fue negado en forma radical el derecho de defensa", y, de la otra, que como tampoco la intervención del defensor en la audiencia pública fue lo suficientemente técnica, también por este otro aspecto resultó menospreciado el "derecho de defensa del procesado", y así, en razón de aquella pretermisión y de esta deficiencia, "se incurrió en la nulidad constitucional contenida en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Para resolver se considera:

Como lo ha recalcado la Corte, "el Código de Procedimiento Penal, en orden a la etapa del sumario, no establece nulidades con relación al derecho de defensa, y las que tiene acordadas la jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Nacional, respecto de ese derecho, se refieren al juicio".

En el segundo aspecto de la impugnación el recurrente, sin duda alguna, se dejó llevar por

el capricho, puesto que del acta de audiencia se desprende que el encargado de la defensa apeló a todas sus luces y buscó por todos los medios a su alcance la absolución del procesado Arbeláez Arcila.

La causal invocada no puede, en consecuencia, prosperar en razón de ninguno de los dos cargos a cuyo amparo se aducen.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación de que fue objeto la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ESTAFA. — PENA IMPONIBLE

En respuesta al cargo relacionado con la pena que se impuso al acusado por el delito de estafa, cabe reproducir, por adecuado y concluyente en ese expreso objetivo, el siguiente aparte de la sentencia acusada: "La norma violada —artículo 408 del Código Penal— señala un mínimo de pena de un año de prisión y multa de diez pesos, pero este mínimo está llevado al doble por el artículo 1º del Decreto 2184 de 1941, y se debe tener en cuenta lo que dice el artículo 410, ibídem, o sea que cuando la cuantía de lo estafado fuere superior a diez mil pesos, la pena por el delito de estafa se aumentará hasta en otro tanto, como en el caso de autos, debiéndosele imponer, en consecuencia, a los copartícipes principales... la pena de tres años de prisión a cada uno de ellos, multa de treinta pesos, a favor del Tesoro Nacional, y las accesorias legales".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 23 de junio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a Hernán Bermúdez, Luis Miguel Romero y Francisco Mario Uribe, en el carácter de responsables del delito de estafa, los dos primeros, a la pena de "tres años de prisión" y multa de "treinta pesos ($ 30.00)", y el tercero a la de "diez y ocho meses de prisión" y multa de "quince pesos", imponiéndoles las penas accesorias del caso.

Hechos y actuación.

El 20 de enero del año pasado, Hernán Bermúdez y Luis Miguel Romero se presentaron a la casa del señor Sergio Lozano, situada en el caserío de Fortalecillas, comprensión del Municipio de Neiva, y allí, en medio de exorcismos y simulacros de bendiciones, hicieron que aquél entrase a su dormitorio en donde, a puerta cerrada, siguiendo en las mismas prácticas, lo obligaron a sacar, con el fin de conjurarlo contra los ladrones, el dinero que guardaba en un paquete, el cual, conforme a hábil maniobra, le cambiaron por otro de simples papeles, ardid con el que lo despojaron de más de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00).

De estos hechos conoció el Juzgado Superior de Neiva, el cual, interpretándolos como constitutivos del delito de estafa, en sentencia del 18 de mayo del año pasado, condenó a Hernán Bermúdez y a Luis Miguel Romero, como autores de ellos, a la pena de tres años de prisión, multa de treinta pesos y accesorias del caso, y a Francisco Mario Uribe, en la calidad de "cómplice no necesario", a la de seis meses de prisión, multa de cinco pesos y consiguientes accesorias, fallo que el Tribunal de la predicha ciudad reformó en el suyo del 23 de junio del mismo año para elevar la pena impuesta al citado Uribe a diez y ocho meses de prisión y multa de quince pesos.

Demanda de casación.

De los tres procesados solo Hernán Bermúdez interpuso el recurso de casación, y en la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, por conducto de su apoderado, invoca las causales 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Con apoyo en la causal 2ª el recurrente, luego de que afirma que, por "errada interpretación o apreciación de los hechos", en la sentencia acusada se les atribuyó "un valor probatorio que no tienen" y, además, no se tuvo en cuenta la "manifiesta contradicción entre ellos", en el objetivo de demostrar su tesis aduce dos cargos, el primero de los cuales aparece condensado en la forma siguiente:

"Si como afirman el Juzgado Superior y el Tribunal de Neiva, hay una concatenación en las visitas que hicieron en los primeros días de enero Francisco Mario Uribe Fernández y Luis Miguel Romero, y la última que hizo éste el 20 de enero a la casa de los esposos Sergio Lozano y Verónica Sánchez en el Corregimiento de Fortalecillas, jurisdicción de Neiva, no hay por qué considerar lo mismo la presencia de Hernán Bermúdez en dicho domicilio, en la última fecha, *pues la circunstancia de que conociera a Luis Miguel Romero con el nombre de Hermano Pacandé y como curandero o tegua con poderes ocultos,* desde luego que él no incitó en forma alguna a Sergio Lozano a que entrara y se encerrara en una pieza con tal sujeto, *y se retiró antes de que saliera del recinto,* y porque lo único que hizo fue ofrecer joyas en venta, como corredor conocido, según consta en el proceso por declaraciones de joyeros que le daban sus artículos en comisión para la venta. Así, la deducción que hacen los juzgadores de que estaba en connivencia con Luis Miguel Romero no tiene respaldo en los autos".

Respuesta:

Los anteriores razonamientos, en realidad, como lo anota el señor Procurador, lo único que hacen es reconocer fuerza y mérito a los testimonios de Sergio Lozano, su cónyuge Verónica Sánchez y del sobrino de ésta, Isauro Sánchez, perjudicando de este modo al procesado Bermúdez, quien en sus dos indagatorias (fls. 25 a 106, cuad. 1º) negó haberse encontrado en casa de los Lozano con Luis Miguel Romero.

Estos tres testimonios, reconocidos en su valor por el propio recurrente, según acaba de verse, en la demanda se someten a una apreciación crítica de carácter personal, encaminada a conseguir los fines que se persiguen, la cual se pretende enfrentar a la que se acoge en el fallo acusado para luego terminar con lo siguiente que, una vez más, contradice el dicho del procesado, sujeto que apenas acepta haber viajado, incidentalmente, con Romero, al regreso de Fortalecillas:

La circunstancia de que Bermúdez conociera al mentado Luis Miguel Romero, alias Hermano de Pacandé y Opasqui, y de que el día de autos viajaran ambos a Fortalecillas, no demuestra categóricamente que estuvieran de acuerdo para la ejecución del hecho incriminado a esta última persona ni de que hubiera participado del dinero escamoteado a los esposos Lozano Sánchez...".

De manera que el cargo, incluso en su propia presentación y desarrollo, carece de eficacia.

El otro cargo, aducido al amparo de la causal 2ª, se formula, en síntesis, así:

"La cuantía del ilícito no está demostrada plenamente porque no hay pruebas que acrediten la cantidad de dinero que los esposos tuvieron guardada el 20 de enero, ni la cantidad que les fuera sustraída por el sistema llamado 'paquete chileno', y porque el dictamen ordenado por el Juzgado Superior de Neiva en auto de cuatro de abril (fl. 123), con el fin de establecer 'aunque sea por analogía' la cuantía del ilícito no tiene fundamento en las pruebas aducidas en el proceso sino simplemente en las versiones de los esposos Lozano-Sánchez".

Respuesta:

En el auto de detención, respecto de la materia en que se apoya el cargo, se consignó lo siguiente:

"La cuantía asciende a la suma de cincuenta y cinco mil pesos moneda corriente. La propiedad y preexistencia del dinero se acredita con el denuncio (fls. 10 v. a 12 v.); las declaraciones de Juan Sánchez Lozano (fl. 13); Isauro Sánchez (fls. 13 a 14); Pablo Sánchez Rodríguez (fol. 20), y la de Sergio Lozano (fls. 20 v. a 21)".

Luego, en la sentencia de primer grado, replicando a la argumentación propuesta en el particular, lo que sigue:

"El distinguido apoderado de Uribe Fernández dice que ni siquiera está probado el cuerpo del delito, pero para probar la preexistencia de los objetos materia del ilícito en delitos contra la propiedad la ley penal admite el testimonio de los damnificados al tenor de lo dispuesto en el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, y además del dicho de don Sergio Lozano y de su esposa sobre la existencia del dinero materia de la estafa, hay motivos para creer que el anciano Lozano poseía el dinero en efectivo, pues Juan Sánchez Lozano y Pablo Lozano Rodríguez, quienes declaran a folios 13 y 20 del cuaderno original, nos dicen que ellos en alguna oportunidad recibieron dinero a interés de manos de don Sergio, en cantidad considerable —cinco mil el primero y veinte mil el segundo—".

Y en la impugnada, correspondiente a la de segunda instancia, a modo de comentario con relación a los testimonios que informan del dinero, lo que a continuación se reproduce:

"Existe suficiente base para creer que Sergio Lozano era sujeto que guardaba dinero, prestaba

a interés, y es creíble que cuando fue objeto de la maniobra tuviera ese dinero en la cantidad que dice".

El recurrente se abstiene de enfrentarse a esta realidad, de la cual no se ocupa en forma alguna, limitándose a presentar el cargo, escueto, canijo, vale decir, al margen de cualquier esfuerzo dialéctico y, por lo tanto, sin ninguna capacidad demostrativa, circunstancia que, como es obvio, lo hace absolutamente ineficaz.

En la fundamentación de la causal 1ª, el recurrente apenas expresa que "como no está demostrada la cuantía del ilícito", procede aplicar al procesado Bermúdez la pena mínima prevista en el artículo 408 del Código Penal, ya que, de otra parte, tampoco se acreditó que los Lozano hubieran "sufrido graves dificultades para atender a su subsistencia".

Respuesta:

Como hubo de verificarse, el cargo en torno a la cuantía del delito no se demostró, y entonces, en respuesta al que se aduce con apoyo en la causal 1ª, cabe reproducir, por adecuado y concluyente en ese expreso objetivo, el siguiente aparte de la sentencia acusada, enteramente libre de la más mínima réplica, tanto en la fundamentación del cargo, como a todo lo largo de la impugnación:

"La norma violada —artículo 408 del Código Penal— señala un mínimo de pena de un año de prisión y multa de diez pesos, pero este mínimo está llevado al doble por el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, y se debe tener en cuenta lo que dice el artículo 410, ibídem, o sea que cuando la cuantía de lo estafado fuere superior a diez mil pesos la pena por el delito de estafa se aumentará hasta en otro tanto, como es el caso de autos, debiéndosele imponer, en consecuencia, a los copartícipes principales Bermúdez Sánchez y Romero, alias Opaski, la pena de tres años de prisión a cada uno de ellos, multa de treinta pesos, a favor del Tesoro Nacional, y las accesorias legales".

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 de que fue objeto la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIOS CONSUMADOS EN CIRCUNSTANCIAS DE SIMPLE VOLUNTARIEDAD

Nada tiene que ver con la causal cuarta de casación, en asuntos en que ha intervenido el Jurado, la apreciación de la prueba. — No hay lugar a quebrantar el derecho de defensa del procesado, cuando el Tribunal le niega pruebas solicitadas ilegalmente. — Modalidad de la riña imprevista. — La riña como circunstancia atenuante para el acusado de homicidio, requiere se demuestre que ella fue provocada por el occiso o por la víctima del delito.

1. De los razonamientos que el actor expone en su demanda, para demostrar el primer cargo que éste formula con apoyo de la causal cuarta, lo que intenta es una crítica a la estimación que los Jueces de instancia hicieron de los hechos procesales, con la pretensión de demostrar que éstos se equivocaron al no reconocerle el valor de una confesión indivisible a las disculpas o versión dada por el reo en su indagatoria. Pero este cargo es antitécnico proponerlo con invocación de la causal cuarta de casación, que tiene por objeto subsanar una nulidad procesal, pero no corregir un error de juicio en cuanto a la valoración de las pruebas, error que únicamente puede hacerse valer y demostrar con invocación de la causal segunda, la que hubiera sido improcedente proponerla en un juicio en que intervino el Jurado.

2. Como las pruebas que solicitó el procesado después de proferido el veredicto no tenían por objeto establecer la naturaleza ni cuantía de los perjuicios civiles, su solicitud era completamente inconducente, extemporánea e ilegal, y, por tanto, el Tribunal, al negarlas, solamente se limitó a cumplir lo dispuesto en el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal, sin que ello hubiera dado lugar al quebrantamiento del derecho de defensa, consagrado en el artículo 26 de la Constitución.

3. En múltiples oportunidades ha sostenido esta Sala que la sola afirmación que se haga en el veredicto de que el homicidio se cometió "en riña", sin explicar si ésta fue imprevista para el procesado, de ningún modo puede interpretarse en el sentido de que ella entraña el reconocimiento de la atenuante prevista en el artículo 384 del Código Penal. (Véase fallo de casación penal de 22 de julio de 1947).

No habiendo reconocido el juri la modalidad de la imprevisión de la riña, a pesar de que el defensor, en la audiencia pública, le solicitó una aclaración a su veredicto respecto de esta circunstancia, mal podían los juzgadores de derecho, ante el silencio de los Jueces de Conciencia, interpretar dicho veredicto reconociendo la atenuante prevista en el artículo 384 del Código Penal, cosa que pretende el recurrente que se haga en casación, dándole así a la veredicción un alcance que no tiene.

4. La riña, según concepto generalmente aceptado, es "un acometimiento recíproco, por vías de hecho, entre dos o más personas con intención mutua de inferirse daño; es un cruce de golpes y violencias". De lo anterior se deduce lo siguiente: no existe riña sin que al mismo tiempo se admita que surgió entre los protagonistas del lance personal el propósito determinado de pelear, y por este medio inferirse daño recíproco.

Aunque nuestro vigente Código Penal, a diferencia de lo que sucedía con el anterior de 1890, no considera la riña como un delito per se, los Códigos de Policía sí la tienen en cuenta y sancionan como una contravención penal, lo que revela que la modalidad de la riña se sigue considerando por sí misma como una actividad antisocial y reveladora de cierta peligrosidad.

Por lo tanto, para aceptar la modalidad de la riña, como una circunstancia atenuante para el acusado, por analogía con las expresiones previstas en el artículo 38 del Código Penal, es necesario que se demuestre o se establezca suficientemente que ella fue provocada por el occiso

o por la víctima del delito, pues de otra manera se podría llegar al absurdo de que cuando el homicida o el heridor provoca a su víctima a riña, se colocaría en una situación ventajosa, desde el punto de vista penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio siete de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, por sentencia del siete de abril del año pasado, que confirmó la de primer grado proferida por el Juez Primero Superior del mismo Distrito, condenó a Luis Antonio Lizarazo Carreño a la pena principal de doce años y ocho meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de homicidio consumado en las personas de José Agustín Carreño y Agustín Galvis.

Contra dicha sentencia del Tribunal de San Gil, el reo Lizarazo Carreño oportunamente interpuso el recurso de casación, que le fue concedido y declarado admisible. Sustentado el recurso, por abogado titulado e inscrito en la Corte, y agotada la tramitación correspondiente, la Sala procede a decidirlo en esta providencia.

Antecedentes.

Los hechos que originaron el presente juicio penal y la principal actuación que en él se cumplió, los resume el *ad quem* en los términos siguientes:

"En la noche del primero al dos de enero del año que avanza (1961) y en la vereda denominada 'Cañaveral', de la comprensión municipal de San Gil, recibieron la muerte violenta José Agustín Galvis y José Agustín Carreño. La investigación se enderezó a descubrir a sus autores, y fue así como resultaron sindicados Luis Antonio Lizarazo Carreño y Deogracias Rueda Silva.

"Pliego de cargos.

"Perfeccionado el informativo, el señor Juez Primero Superior, en providencia fechada el diez y ocho de abril de mil novecientos sesenta y uno, llamó a responder en juicio criminal a Luis Antonio Lizarazo Carreño y Deogracias Rueda Silva como autores de los homicidios, consumados en circunstancias de simple voluntariedad, en las personas de José Agustín Carreño y Agustín Galvis. El Tribunal, al revisar aquella determinación, a virtud de apelación, en providencia datada el veinte de junio del citado año (1961), confirmó el enjuiciamiento contra Luis Antonio Lizarazo Carreño y revocó el proferido contra Deogracias Rueda Silva, a quien, en su lugar sobreseyó temporalmente.

"Audiencia pública.

"Durante la audiencia pública el señor Fiscal del Juzgado, luego de las consideraciones de orden legal y doctrinario, solicitó del Jurado que contestara las dos preguntas del cuestionario con un 'sí es responsable'. Por su parte el señor doctor José Sarmiento Mantilla, en su calidad de defensor del procesado Luis Antonio Lizarazo, haciendo hincapié en la indagatoria de su patrocinado y con citas jurisprudenciales sobre la indivisibilidad de la confesión, solicitó al Tribunal popular que contestara el cuestionario: 'Sí mató, pero en legítima defensa'.

"Veredicto.

"El señor Juez de derecho sometió a la consideración del Jurado el siguiente cuestionario:

" '*Cuestión primera.* ¿El acusado Luis Antonio Lizarazo Carreño es responsable de haber ocasionado al señor José Agustín Carreño la herida de instrumento corto-punzante descrita en la diligencia de autopsia visible al folio 50 del sumario, herida que produjo la muerte de la víctima, hecho ejecutado voluntariamente, con intención de matar, y consumado en la vereda de 'Cañaveral', del Municipio de San Gil, en la noche del primero al dos de enero de 1961?'.

"El Jurado contestó:

" 'Sí, pero en riña'.

" '*Cuestión segunda.* ¿El acusado Luis Antonio Lizarazo Carreño es responsable de haber ocasionado al señor José Agustín Galvis las heridas de instrumento corto-punzante descritas en la diligencia de autopsia visible al folio 51 del sumario, hecho ejecutado voluntariamente, con intención de matar, y consumado en las mismas circunstancias del lugar y tiempo anotadas en la cuestión primera?'.

" 'El *juri* respondió:

" 'Sí, pero en riña'.

"Producida la veredicción, la defensa solicitó se aclarara si la riña era imprevista, pero el Jurado se abstuvo de hacer la adición, como consta en el acta, y cuya parte atinente puede verse al folio 240 vuelto".

Demanda de casación.

El señor abogado recurrente, después de hacer una relación de los hechos y un resumen de la actuación procesal, invoca, en su orden, las causales cuarta, tercera y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las que propone e intenta demostrar en capítulos separados, ciñéndose así, por lo menos, en su aspecto formal, a los requisitos exigidos por el artículo 531 del Código Judicial.

Estudio del recurso.

Causal cuarta. Con invocación de esta causal el actor formula a la sentencia recurrida dos cargos, al través de los cuales intenta demostrar que ésta debe invalidarse, por cuanto el proceso está viciado de nulidades constitucionales, por haberse quebrantado en su tramitación el artículo 26 de la Carta.

El primer cargo lo resume así:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de San Gil, por cuanto que en el auto de llamamiento a juicio no se consignaron en su parte motiva las circunstancias degradas (sic) de responsabilidad que aparejan al procesado el haber suprimido las vidas de Galvis y de Carreño dentro de las modalidades de una riña imprevista, hecho que tenía plena existencia procesal dentro del negocio, pero que no fue reconocida por el Juez de derecho en el momento de calificar el mérito del sumario. Este hecho le impidió incluír dicha modalidad en los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado, por lo cual a éstos se les imposibilitó 'expresar su criterio en la forma concisa que permita acomodar su veredicto al precepto penal que el caso en sí reclama'. Por tal razón, puede afirmase que en el caso de Lizarazo Carreño, al Jurado, por falta de haberse incluído la modalidad de la riña en el cuestionario, el 'juri no pudo calificar la acción punible' en la forma como la ley lo exige.

"Por tal motivo se violaron los derechos y garantías del procesado y se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por haberse juzgado al procesado sin la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Con el intento de demostrar este cargo el recurrente se refiere a la indagatoria rendida por el reo Lizarazo Carreño, quien planteó en ella, después de haber reconocido ser el autor de la muerte violenta de José Agustín Carreño y Agustín Galvis, una confusa e inverosímil situación de legítima defensa, que los falladores de instancia y el Jurado rechazaron por considerarla "mentirosa y acomodaticia", y desvirtuada por otras pruebas indiciarias.

El actor afirma o pretende que la versión dada en su indagatoria por el acusado ha debido ser acogida en su integridad, como una confesión indivisible, dándole el valor que le asigna el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, ya que: "ninguno de los testigos que deponen en el proceso desvirtúa la afirmación del procesado" dada en su injurada.

A pesar de que la confesión cualificada del procesado plantea la situación de justificación de la legítima defensa de su vida, pues expresa que los occisos lo atacaron inmotivada e injustamente, armados de revólver y de cuchillo, el impugnador afirma, aunque no demuestra que: "En el peor de los casos, en el expediente existen abundantes elementos probatorios que demuestran que también el hecho criminoso se realizó dentro de las modalidades de una riña imprevista para Luis Antonio Lizarazo Carreño, por cuanto los provocadores fueron sus injustos agresores".

Se contesta:

Con todo acierto y fundamento replica el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al referirse a este cargo, que "constituye una verdadera inepcia pretender sustentar la causal cuarta de casación apelando al expediente de que ha debido reconocerse en el auto de proceder que el hecho atribuído al poderdante del doctor Camacho fue cometido en circunstancias atenuantes de la responsabilidad del autor".

Además, como atinadamente lo observa el mismo señor colaborador Fiscal, "los razonamientos hechos sobre el particular en la demanda, resultan reñidos abiertamente con la técnica del recurso de casación por el simple motivo de que cuestiones relacionadas con la apreciación de la prueba, nada tiene que ver con la causal cuarta, sino exclusivamente con la causal segunda, la cual no fue aducida por el actor, debido a que bien se sabe que ella no tiene cabida, según reiterada jurisprudencia de la honorable Corte, en asuntos penales en que ha intervenido el Jurado de conciencia".

En efecto, según claramente se deduce de los razonamientos que el actor expone en su demanda, para demostrar el primer cargo que éste formula con apoyo de la causal cuarta, lo que intenta es una crítica a la estimación que los Jueces de instancia hicieron de los hechos procesales, con la pretensión de demostrar que éstos se equivocaron al no reconocerle el valor de una confesión indivisible a las disculpas o versión dada por el reo en su indagatoria. Pero este cargo es antitécnico proponerlo con invocación de la causal cuarta de casación, que tiene por objeto subsanar una nulidad procesal, pero no corregir un error de juicio en cuanto a la valoración de las pruebas, error que únicamente puede hacerse valer y demostrar con invocación de la causal segunda, la que hubiera sido improcedente proponerla en un juicio, en que, como ocurrió en este proceso, intervino el Jurado.

Por lo tanto, el cargo no puede prosperar.

El segundo cargo formulado a la sentencia, con invocación de la causal cuarta, lo pretende fundamentar el demandante de la manera siguiente:

"Por medio de memorial visible a folio 5 del 2º cuaderno, el procesado Lizarazo Carreño solicitó al honorable Tribunal Superior que se practicara un reconocimiento 'de mi padre Antonio Lizarazo y Trino Galvis por parte de los declarantes Cecilia Salazar y Carlos Camacho, enpleados del Juzgado Primero Superior, quienes rindieron una declaración relacionada con un señor que se presentó al Juzgado Primero Superior, con el fin de reclamar un revólver, y manifiestan que fue mi padre'. Agrega el peticionario que su padre jamás se ha presentado a dicho Juzgado a reclamar dicho revólver, no siendo ciertas las afirmaciones de los declarantes.

"El honorable Tribunal Superior negó de plano la práctica de dichas pruebas solicitadas por el procesado.

"Como dichas pruebas tenían por única finalidad esclarecer un punto de derecho con el fin de aminorar la prueba de acriminación deducida del hecho de que su propio padre se había presentado al Juzgado a reclamar el revólver que fue encontrado en las cercanías donde estaban los cadáveres de Galvis y de Carreño, la negativa dada por el Tribunal Superior determina un claro quebrantamiento del derecho de defensa que asiste a todo procesado, y constituye un claro quebrantamiento del artículo 139 del Código de Procedimiento Penal, que dice que todos los días y horas son hábiles para la práctica de actuaciones en la investigación sumaria".

Se considera:

Las pruebas a que se hace referencia en este cargo y que fueron solicitadas por el procesado cuando se estaba tramitando la segunda instancia para la revisión de la sentencia condenatoria dictada por el Juez 1º Superior de San Gil, fueron negadas por el Tribunal, en proveído del 20 de febrero de 1962, por las siguientes razones:

"La sentencia de cuya revisión se trata, tuvo como base, entre otras, el veredicto del Jurado popular dado en audiencia pública celebrada el 30 de noviembre del año próximo pasado, y el Código de Procedimiento Penal, al tratar del procedimiento a seguir en la segunda instancia, establece en su artículo 547 que, en los negocios en que hubiere intervenido Jurado ni las partes podrán solicitar, ni el Juez podrá decretar sino aquellas pruebas que exclusivamente se refieran a las naturaleza y cuantía de los perjuicios civiles ocasionados con el delito.

"Como las pruebas solicitadas no hacen relación alguna a perjuicios, que entre otras cosas fueron decretados en abstracto por el Juez del conocimiento, el Tribunal en guarda de la disposición acabada de citar, debe negar su práctica".

El artículo 547 del Código de Procedimiento Penal, citado por el Tribunal, dispone lo siguiente:

"En los procesos en que hubiere intervenido el Jurado, ni las partes podrán solicitar, ni el Juez podrá decretar sino aquellas pruebas que exclusivamente se refieran a la naturaleza y cuantía de los perjuicios civiles ocasionados por el delito".

Como las pruebas que solicitó el procesado después de proferido el veredicto no tenían por objeto establecer la naturaleza ni cuantía de los perjuicios civiles, su solicitud era completamente inconducente, extemporánea e ilegal, y, por tanto, el Tribunal, al negarlas, solamente se limitó a cumplir lo dispuesto en el artículo transcrito, sin que ello hubiera dado lugar al quebrantamiento del derecho de defensa, consagrado en el artículo 26 de la Constitución, cosa que sin fundamento alega el impugnador.

Por lo expuesto, tampoco puede prosperar este segundo cargo formulado con invocación de la causal cuarta.

Causal tercera. El demandante resume el único cargo que le hace a la sentencia acusada con invocación de la causal tercera, en cuanto alega que el fallo recurrido está en desacuerdo con el veredicto, en los términos siguientes:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de San Gil que condenó a Luis An-

tonio Lizarazo Carreño a la pena de doce años, ocho meses de presidio, por un delito que debería haber sido considerado por el señor Juez de derecho y Tribunal Superior como cometido en riña imprevista, disminuyéndole, en consecuencia, la sanción que se le impuso.

"El desacuerdo entre el veredicto del Jurado y la sentencia consiste en que el Jurado se pronunció por la aminorante consagrada en el artículo 384 del Código Penal y el Tribunal la desconoció en la sentencia, pues ni siquiera la dedujo como circunstancia de menor peligrosidad".

Se contesta:

Con fundada razón el señor Agente del Ministerio Público replica, al referirse al cargo propuesto con fundamento en la causal tercera, que: "riñe absolutamente con la realidad procesal la afirmación hecha en la demanda en el sentido de que el juri se pronunció por la aminorante consagrada en el artículo 384 del Código Penal.

"Fue precisamente todo lo contrario, y esto se evidencia con solo leer las actas correspondientes a la audiencia pública".

En efecto, como se anotó al estudiar la forma como los Jueces de hecho rindieron su veredicto, éstos se limitaron a afirmar la responsabilidad del acusado Lizarazo Carreño, en relación con los homicidios consumados en José Agustín Carreño y Agustín Galvis, respondiendo a los cuestionarios: "Sí, pero en riña". Además, una vez proferido el veredicto, la defensa solicitó en la audiencia a los Jurados que explicaran si la riña reconocida era imprevista, pero éstos se abstuvieron de hacer ninguna aclaración al respecto.

En múltiples oportunidades ha sostenido esta Sala que la sola afirmación que se haga en el veredicto de que el homicidio se cometió "en riña", sin explicar si ésta fue imprevista para el procesado, de ningún modo puede interpretarse en el sentido de que ella entraña el reconocimiento de la atenuante prevista en el artículo 384 del Código Penal.

Basta reproducir lo expuesto por la Corte en su fallo de casación penal de 22 de julio de 1947, en el proceso contra Manuel Antonio Almonacid, en el que al respecto se expresó lo siguiente:

"La riña solamente se considera como circunstancia modificadora de la responsabilidad cuando ella es imprevista y ha sido expresamente reconocida por el Jurado; porque los motivos que inciden en el tema de la responsabilidad, en esta clase de juicios, no es materia que resuelven los juzgadores de derecho sino los Jueces de Conciencia, y cuando éstos omiten hacerlo el fallador no tiene facultad para completar el pensamiento del Jurado sobre cuestiones acerca de las cuales guardó silencio.

"Si en el veredicto se afirma la riña y se omite o se calla lo concerniente a la imprevisión, elemento esencial que la califica, para catalogar el hecho en la disposición del artículo 384 del Código Penal, es porque el juri deliberada y expresamente calló esa circunstancia, pues en su ánimo no estuvo el reconocerla".

No habiendo reconocido en este caso el juri la modalidad de la *imprevisión* de la riña, a pesar de que el defensor, en la audiencia pública, les solicitó una aclaración a su veredicto respecto a esta circunstancia, mal podían los juzgadores de derecho, ante el silencio de los Jueces de Conciencia, interpretar dicho veredicto reconociendo la atenuante prevista en el artículo 384 del Código Penal, cosa que pretende el recurrente que se haga en casación, dándole así a la veredicción un alcance que no tiene.

De lo dicho se sigue que tampoco puede prosperar el cargo formulado con apoyo en la causal tercera.

Causal primera. Esta causal, que es la última que invoca el recurrente, la pretende demostrar el demandante con el siguiente razonamiento:

"Los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado fueron contestados por éste con un 'Sí, pero en riña'. Tal respuesta, para el caso de que la honorable Corte considere que no encaja dentro de los términos del artículo 384 del Código Penal, es necesario tomarla en consideración para aminorarle la pena al procesado, porque ella encaja dentro de las modalidades del artículo 40 del Código Penal, que manda tener como circunstancia de menor peligrosidad, 'fuera de las circunstancias específicas del artículo 38, cualquiera otra análoga a ellas'.

"En el caso de Lizarazo Carreño, tenemos que al ser desechada por el Tribunal la atenuante de la riña, debería haber sido tomada en cuenta para imputársela como circunstancia de menor peligrosidad, de conformidad con el ya citado artículo 40 del Código Penal. Su omisión implica que se dio indebida aplicación a esta norma sustantiva de capital importancia para la graduación de la pena del procesado. Por tal motivo, la pena impuesta debe reducirse por haberse omitido en la sentencia la circunstancia de menor peligrosidad que constituye la riña simple y rebajarse la pena en dos años".

Se considera:

El señor Procurador Delegado en lo Penal considera que el cargo propuesto debe prosperar y

que "el señor demandante tiene la razón al denunciar la omisión en que incurrió el *ad quem* por no tener en cuenta que uno y otro de los homicidios de autos se cometió en riña". El distinguido colaborador Fiscal estima que si la modalidad de la "riña", reconocida por el Jurado, no sirve para aceptar la atenuante del artículo 384 del Código Penal, pues éste guardó silencio respecto a la modalidad de la imprevisión, sí se debe tener en cuenta para computarla como circunstancia de menor peligrosidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Código Penal, que autoriza reconocer circunstancias de menor peligrosidad por analogía con las expresamente previstas en el artículo 38 del mismo Código.

El señor Agente del Ministerio Público cita alguna jurisprudencia de esta Sala, de la que deduce que siempre que se reconoce la circunstancia de la riña, aunque no se especifique ni se demuestre que ésta fue provocada por la víctima, ella debe tenerse en cuenta como circunstancia de menor peligrosidad para atenuar la sanción.

A pesar del respeto que a la Sala le merece el concepto de su colaborador, no participa de él, en la forma indiscriminada en que lo pretende plantear, por las razones siguientes:

La riña, según concepto generalmente aceptado, es "un acometimiento recíproco, por vías de hecho, entre dos o más personas con intención mutua de inferirse daño; es un cruce de golpes y violencias". De lo anterior se deduce lo siguiente: no existe riña sin que al mismo tiempo se admita que surgió entre los protagonistas del lance personal el propósito determinado de pelear, y por este medio inferirse daño recíproco.

Aunque nuestro vigente Código Penal, a diferencia de lo que sucedía con el anterior de 1890, no considera la riña como un delito *per se,* los Códigos de Policía sí la tienen en cuenta y sancionan como una contravención penal, lo que revela que la modalidad de la riña se sigue considerando por sí misma como una actividad antisocial y reveladora de cierta peligrosidad.

Por lo tanto, para aceptar la modalidad de la riña, como una circunstancia atenuante para el acusado, por analogía con las expresamente previstas en el artículo 38 del Código Penal, es necesario que se demuestre o se establezca suficientemente que ella *fue provocada por el occiso o por la víctima del delito,* pues de otra manera se podría llegar al absurdo de que cuando el homicida o el heridor provoca a su víctima a riña, se colocaría en una situación ventajosa, desde el punto de vista penal.

No habiéndose reconocido por el Jurado que la riña fue provocada por las víctimas del homicidio, ni habiéndose comprobado esta situación de hecho, que tampoco podría demostrarse con la exclusiva invocación de la causal primera, no es posible tenerla en cuenta en este caso como una circunstancia atenuante, como lo pretende el demandante y lo solicita el señor Agente del Ministerio Público.

En consecuencia, el único cargo formulado con invocación de la causal primera, tampoco 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, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, de fecha siete de abril de mil novecientos sesenta y dos, por la cual se condenó a Antonio Lizarazo Carreño como responsable de los homicidios consumados en José Agustín Carreño y Agustín Galvis.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION EN MATERIA PENAL. — SITUACIONES JURIDICAS NOTORIAMENTE INCOMPATIBLES Y OPUESTAS

"En la demanda se plantean a la Sala, como fundamento de las causales invocadas —primera y segunda de casación—, situaciones jurídicas notoriamente incompatibles y opuestas, como son la legítima defensa, propuesta como principal, el exceso en la defensa y las atenuantes de la ira y de la riña imprevista, como subsidiarias.

"Tales planteamientos son incompatibles entre sí y llevan a conclusiones opuestas. En efecto, si se acepta la legítima defensa, se descarta la responsabilidad penal y el procesado debe ser absuelto; si, en cambio, se admiten las atenuantes propuestas, tendrá que predicarse tal responsabilidad, con las limitaciones del caso.

"Ha afirmado la Corte que 'lo importante y fundamental en la técnica del recurso de casación, es saber formular la demanda para obtener un resultado. Una petición mal fundada, sin técnica ni orientación, es inoperante'.

"Planteamientos como los que se presentan en la demanda que se comenta han sido rechazados por esta Sala por los motivos que se copian a continuación:

"Uno de los requisitos que debe reunir toda demanda de casación, de conformidad con el artículo 531 del Código Judicial, aplicable también a la casación penal, es el que se indique en forma clara y precisa los fundamentos de la causal o causales invocadas; pero este requisito no se cumple cuando se proponen motivos de impugnación que necesariamente entrañan el planteamiento de situaciones o soluciones incompatibles, que recíprocamente se destruyen, ya que este planteamiento crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición de primer término descarta la de segundo término, y a su vez ésta descarta a aquélla.

"Por esto, cuando en casación se proponen, aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que sería la Corte la que tendría que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda, la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o deficiencias.

"En una demanda de casación perfectamente se puede sostener y tratar de demostrar que el reo condenado en la sentencia recurrida es completamente irresponsable, por tales o cuales razones. Pero sería completamente ilógico sostener: el reo es irresponsable, pero si esta situación no se acepta por la Corte, sería responsable, aunque en forma atenuada, por las mismas razones.

"La acertada valoración de los mismos hechos o pruebas del proceso lógicamente no puede conducir a demostrar, a la vez, que el reo es completamente irresponsable, o en subsidio, que sí es responsable, aunque con responsabilidad atenuada".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio ocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de agosto de 1962 del Tribunal Superior de Manizales, por la cual se condenó a Fabio Franco Vargas a la pena de ocho (8) años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio en la persona de Horacio Osorio Pineda. El Juzgado Tercero Superior de aquel Distrito, en fallo de 24 de octubre de 1961, había impuesto a Franco Vargas la misma pena.

Hechos y antecedentes.

Los hechos que dieron nacimiento a este proceso están narrados por el Tribunal Superior de Manizales así:

"En la cantina que en el llamado 'Barrio Obrero' de la población de Neira tiene o tenía Milcíades Alzate Jaramillo ('Milcio') se encontraban, al amanecer del día 15 de mayo de 1961 varias personas tomando cerveza, entre ellos Antonio García, Fabio Franco Vargas y Horacio Osorio Pineda. El primero de los citados, quien parece era el anfitrión y daba muestras de gran generosidad, pues les regalaba las 'devueltas' a los concurrentes indistintamente, en un momento dado hizo el último pago para retirarse, y le había manifestado al dueño de la cantina ser muy amigo de Franco Vargas, autorizándolo a que le diera a éste todo aquello que (se entiende muy a las claras que se refería a los licores) le pidiera. Así, al estar el dinero disponible y no encontrarse su dueño, Franco Vargas se lo pidió al cantinero, y éste se lo entregó. Este hecho le disgustó a Osorio Pineda, quien le requirió participación a Franco Vargas. Este se negó, discutieron, dijo Osorio ir a la casa, y le pidió —denotando ánimo de pendencia— a Franco que lo esperara, y éste así lo hizo, armado con una banqueta y un cuchillo, parado a la puerta. Osorio entró a su casa, situada al frente; salió armado con un zurriago y se dirigió hacia la cantina, a cuya puerta estaba —como ya se dijo— Franco Vargas en las condiciones también dichas. Este, al verlo, salió a su encuentro. Osorio Pineda alcanzó apenas a propinarle a su contendor un golpe con el zurriago, porque Franco, enarbolando la banqueta y tirando con el cuchillo por debajo de ella, le propinó a Osorio Pineda una mortal puñalada que lo tiró de boca-abajo en tierra, muriendo a eso de las cinco de la mañana del día de los hechos, en el hospital de Neira".

Adelantada la investigación por el señor Inspector Primero Municipal de Policía de Neira (C.), se obtuvo la demostración de la materialidad u objetividad del delito de homicidio en Horacio Osorio Pineda, así como de la responsabilidad penal de Fabio Franco Vargas, como autor de tal hecho, en circunstancias que excluyen cualquier justificación.

La prueba de la materialidad de la infracción reside en las diligencias de levantamiento del cadáver y de necropsia, y en el acta de defunción debidamente identificada. La responsabilidad penal de Franco Vargas surge de las declaraciones de Jaime Díaz, de Rosalba Pulgarín Orozco de L., de Ana Tulia Ríos, de Amalia Osorio de Guzmán, hermana del occiso, y de otros testimonios, pero especialmente de la indagatoria del mismo sindicado.

Con estas bases, el Juzgado Tercero Superior de Manizales, siguiendo el procedimiento del Decreto 0012 de 1959, dictó la sentencia de 24 de octubre de 1961, en la cual condenó al procesado a la pena de ocho (8) años de presidio y sanciones accesorias de rigor. Apelada esta sentencia, fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 20 de agosto de 1962.

Demanda de casación.

El recurso fue sustentado oportunamente en demanda presentada dentro de los términos legales. En ella se hace una "historia del proceso", se narran los "hechos controvertidos" y se aducen las causales primera y segunda de casación para impugnar la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, aquélla como principal y ésta como subsidiaria o consecuencial.

Toda la alegación del actor, en torno a la causal segunda, tiende a demostrar que la acción de Franco Vargas se cometió en legítima defensa de su vida o por exceso en el ejercicio de la defensa, o en estado de ira o de intenso dolor causados por provocación grave e injusta, o finalmente, en una riña imprevista.

En efecto, el demandante hace estas peticiones concretas:

"1ª Que se absuelva al procesado de los cargos por los cuales fue interrogado en diligencia de indagatoria, aceptando a su favor la existencia de una legítima defensa de la vida o de su integridad personal.

"2ª Que se reforme la sentencia recurrida, reconociendo a favor del mismo procesado que ejecutó el hecho en las circunstancias previstas por el artículo 25 del Código Penal, pero excediendo los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, e imponiéndole, en tal virtud, la pena de 16 meses de presidio.

"3ª Que se reforme la sentencia recurrida, reconociendo, a favor del mismo procesado, la existencia de un estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, e imponiéndole, en tal virtud, la pena de treinta y dos meses de presidio.

"4ª Que se reforme la sentencia recurrida, reconociendo, a favor del mismo procesado, que cometió el homicidio en riña suscitada de modo imprevisto, e imponiéndole la pena de cuatro años de presidio.

"Propongo, en su orden, las peticiones 2ª, 3ª y 4ª, como subsidiarias de la primera".

Para impetrar que se declare que Franco Vargas obró en legítima defensa de su vida, o que al menos se excedió en el ejercicio de ella, se hacen estas consideraciones en la demanda:

"En el caso de autos, existió una violencia consistente en el ataque dirigido por Horacio Osorio Pineda contra Fabio Franco Vargas, ataque que le ocasionó a este último una equimosis en la región dorsal, que le fue reconocida por el funcionario instructor, en la diligencia de indagatoria.

"La violencia se produjo simultáneamente con el acto de defensa. Cuando el occiso trataba de golpear por segunda vez al procesado con su garrote, éste esquivó el garrotazo y aprovechando el momento logró asestar la puñalada que puso fin al ataque.

"El acto violento fue injusto, por cuanto la negativa de Franco Vargas de regalarle a Osorio Pineda el dinero que acabada de recibir en préstamo de García Cordero, apenas constituyó un acto normal que no tenía por qué producir la reacción agresiva del occiso. Más claramente, quien se colocó en un campo antijurídico fue Osorio Pineda, primero al exigir la entrega de dineros a los cuales no tenía derecho, y después al injuriar, desafiar y agredir a Franco Vargas porque éste no atendió a su arbitrario pedimento.

"En el caso de autos, la defensa tuvo un doble carácter, ya que por una parte el procesado trató de anular el peligro, escudándose en una banqueta, y por la otra, contra-atacó a su adversario, poniéndolo fuera de combate.

"La defensa fue necesaria porque el procesado no pudo acudir a medios legales para repeler la agresión, debido a que ésta se presentó en circunstancias tales que impedían solicitar la protección de las autoridades, por cuanto ellas se hallaban ausentes del teatro de los acontecimientos.

"Finalmente, hubo proporcionalidad entre la agresión y el acto de defensa, ya que un garrote al par que un cuchillo, es arma suficiente para ocasionar la muerte o al menos lesiones de suma gravedad. Esto en el caso de que el interfecto realmente no hubiera estado provisto de arma blanca.

"En síntesis, en el caso de autos, tienen cabal demostración todos los elementos que configuran la legítima defensa.

"Aceptando, en gracia de discusión, que un garrote no tenga igual entidad ofensiva que un cuchillo, en el caso de autos se configuraría un exceso en la legítima defensa, figura jurídica que también desconoció el honorable Tribunal, con violación de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Penal".

Sobre el estado de ira o de intenso dolor y sobre una posible riña imprevista, se traen los siguientes conceptos:

"La sentencia recurrida, por errónea interpretación de los hechos, no sólo desconoció la legítima defensa o el exceso de ella, sino que llegó al extremo de descartar circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, tales como el estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, o la riña suscitada para el procesado, de modo imprevisto.

"Quiero aclarar que de acuerdo con mi modesta opinión, en el caso de autos, se plantea a favor del procesado un caso nítido de legítima defensa objetiva de la vida. Pero como de los humanos es errar, además de que considero también muy respetable la opinión enunciada por el señor Fiscal del honorable Tribunal Superior, en su concepto de fondo, me permitiré transcribirlo con el fin de someter también al estudio de la honorable Corte la posibilidad de que el procesado haya consumado su acto en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

"...De tal manera que en el evento de que esa alta corporación no acepte como solución el problema planteado, la existencia de una legítima defensa a favor de Fabio Franco Vargas, podría tener vigencia las razones de la fiscalía, ya que como lo anota el Agente del Ministerio Público, tanto los desafíos como las frases injuriosas y como el mismo golpe dado por el occiso al procesado, lógicamente debieron producir en él un desequilibrio emocional que bien pudo determinarlo a ocasionar la grave herida asestada al interfecto.

"En tal caso, la grave perturbación anímica padecida por Fabio Franco Vargas fue desconocida por el *ad quem*, incurriendo éste en violación del artículo 28 del Código Penal Colombiano.

"Finalmente, ha dicho la honorable Corte, al referirse a la riña imprevista, lo siguiente: 'La riña implica la existencia de una lucha en que intervienen fuerzas opuestas de parte y parte, y en la que las violencias materiales se rechazan también por medio de la violencia mediando en el combate el mutuo consentimiento o entrando en él a virtud de provocación de alguna de las partes o por accidente fortuito'.

"En el caso de autos existió un combate, un cambio de golpes, una lucha, entre el procesado y el occiso. Claro está que para mi modo de ver,

mi patrocinado, intervino en ese combate haciendo uso del derecho la legítima defensa consagrada en el artículo 25 del Estatuto Penal. Sin embargo, si yo estoy equivocado, lo que sí es imposible de desconocer es que la muerte de Horacio Franco Pineda se produjo dentro del evento de una lucha. También es innegable que la provocación partió del occiso, circunstancia que hizo imprevisto el lance para mi patrocinado. Finalmente, entre ellos no existía ninguna enemistad, hecho que dio al evento el carácter de imprevisible.

"En síntesis, de no ser aceptables la legítima defensa o el estado de ira o intenso dolor, se impondría como última solución al problema planteado el reconocimiento de que Fabio Franco Vargas ocasionó la muerte de Horacio Osorio Pineda en riña suscitada de modo imprevisto".

La causal primera, presentada como subsidiaria o consecuencial de la segunda, aparece sustentada en estos términos:

"Pues bien, en el caso de autos la errónea interpretación de los hechos determinó la violación, bien del artículo 25 del Código Penal, bien del artículo 28, o bien del artículo 384 de la misma obra, imponiéndose la invocación de la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto ésta es consecuencia obligada de la enunciada en el numeral 2º de la misma disposición.

"De tal manera que la sentencia recurrida es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, consistente en que no se tuvieron en cuenta, al establecer la responsabilidad o al graduarla, normas consagradas en nuestra ley penal sustantiva".

Concepto del señor Procurador.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia acusada porque "las causales aducidas no las halla justificadas este Ministerio Público".

En su concepto, se examinan, efectivamente, los motivos presentados por la demanda para reclamar las peticiones que con ella termina; se analizan los varios cargos que se lanzan contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales; y se estudian los extremos jurídicos alegados, para concluír que no está demostrada la legítima defensa, ni el estado de ira o de intenso dolor por grave e injusta provocación, ni la riña imprevista. De otra parte, el distinguido funcionario opina que por el demandante no se ha desvirtuado, en lo más mínimo, la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal fallador.

Consideraciones de la Corte.

En la demanda se plantea a la Sala, como fundamento de las causales invocadas, situaciones jurídicas notoriamente incompatibles y opuestas, como son la legítima defensa, propuesta como principal, el exceso en la defensa y las atenuantes de la ira y de la riña imprevista, como subsidiarias.

Tales planteamientos son incompatibles entre sí, y llevan a conclusiones opuestas. En efecto, si se acepta la legítima defensa, se descarta la responsabilidad penal y el procesado debe ser absuelto; si, en cambio, se admiten las atenuantes propuestas, tendrá que predicarse tal responsabilidad, con las limitaciones del caso.

Ha afirmado la Corte que "lo importante y fundamental en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener un resultado. Una petición mal fundada, sin técnica ni orientación, es inoperante".

Planteamientos como los que se presentan en la demanda que se comenta han sido rechazados por esta Sala por los motivos que se copian a continuación:

"Uno de los requisitos que debe reunir toda demanda de casación, de conformidad con el artículo 531 del Código Judicial, aplicable también a la casación penal, es el que se indiquen en forma *clara y precisa* los fundamentos de la causal o causales invocadas; pero este requisito no se cumple cuando se proponen motivos de impugnación que necesariamente entrañan el planteamiento de situaciones o soluciones incompatibles, que recíprocamente se destruyen, ya que este planteamiento crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición de primer término descarta la de segundo término, y a su vez ésta descarta a aquélla.

"Por esto, cuando en casación se proponen, aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que sería la Corte la que tendría que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda, la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o deficiencias.

"En una demanda de casación perfectamente se puede sostener y tratar de demostrar que el reo condenado en la sentencia recurrida es completamente irresponsable, por tales o cuales razones. Pero sería completamente ilógico sostener: el reo es irresponsable, pero si esta situación no

se acepta por la Corte, sería responsable, aunque en forma atenuada, por las mismas razones.

"La acertada valoración de los mismos hechos o pruebas del proceso lógicamente no puede conducir a demostrar, a la vez, que el reo es completamente irresponsable, o en subsidio, que sí es responsable, aunque con responsabilidad atenuada.

"En relación con la invocación en casación de cargos incompatibles, esta Sala, en sentencia del 21 de febrero de 1962, sostuvo lo siguiente:

" 'Es una cuestión indiscutible que la demanda de casación, al igual que toda demanda, debe ofrecer un punto concreto de controversia y de estudio, y una precisa y clara solicitud. Al presentarse en ella soluciones excluyentes y alternativas sugiere la sospecha de que no existe seguridad en la tesis que se propugna, o que la cuestión quedó mal planteada.

" 'En el caso al estudio el demandante destruye completamente su primera tesis sobre la legítima defensa del acusado al plantear a continuación y conjuntamente, como situaciones comprobadas, las de la riña imprevista y de la ira o intenso dolor provocado por injustas agresiones, pues la primera tesis entraña una causal de justificación, que de comprobarse, conduciría a la absolución del reo, y las segundas situaciones solamente darían lugar a una atenuación de la responsabilidad y una rebaja de la pena impuesta en la sentencia acusada.

" 'Invocando la tesis de la legítima defensa, el actor pretende que se invalide la sentencia condenatoria y se absuelva al acusado; y alegando las situaciones atenuantes previstas en los artículos 28 y 384, propugna por una invalidación parcial del fallo, para que se atenúe la pena impuesta en él.

" 'Dados estos planteamientos, y la forma imprecisa y vaga como se formula la petición con que termina la demanda, la Sala se encuentra imposibilitada para saber en definitiva y con seguridad qué es lo que pretende el actor, pues las deducciones y pretensiones de éste son incongruentes e incompatibles.

" 'Es principio jurídico universal, aplicable a todas las demandas, el que en ellas no se pueda proponer conjuntamente peticiones y soluciones contradictorias, y esto resulta claro porque no hay sistema jurídico alguno que pueda basarse en el desconocimiento del principio de contradicción, ya que hasta la simple razón natural pugna porque no puedan decretarse en una misma sentencia cosas contrarias e incompatibles entre sí.

" 'Así, un reo de homicidio, por ejemplo, no puede alegar, al mismo tiempo, en su defensa la coartada y sostener, por otro lado, que mató a su víctima en legítima defensa, porque son dos situaciones de hecho que se excluyen entre sí, y, por lo tanto, son incompatibles, y la elección de cualquiera de estos medios de defensa destruye el otro.

" 'El artículo 7º del Código de Procedimiento Penal autoriza aplicar a los procesos penales, en cuanto lo consienta la índole de los mismos, los principios comunes a los juicios civiles, entre los cuales se encuentra el consagrado en el artículo 209 del Código Judicial, que permite ejercer a la vez y en una misma demanda varias acciones 'siempre que concurran los siguientes requisitos: ... 3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles' " (Cas. Cristóbal Alvis V., mayo 18 de 1963).

Lo dicho está indicando que la demanda de casación es inoperante, pues no se fundamentaron con claridad las causales propuestas, ya que se ofrecieron situaciones incompatibles entre sí.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales a que se ha hecho referencia en la parte motiva del presente fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — CONDICIONES PARA QUE ESTA PROSPERE. ERROR PROTUBERANTE EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

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

Es incuestionable, cabe insistir, que la demostración de un yerro protuberante en la apreciación de las pruebas no puede resultar de la simple afirmación que, al respecto, haga el demandante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio doce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por la cual le fue impuesta al procesado Abraham González Arboleda la pena principal de dos años y nueve meses de prisión, como responsable del delito de estafa cometido en perjuicio del señor Antonio Sierra Mazorra.

La demanda fue presentada por el doctor Juan Rafael Múnera, defensor del procesado en las instancias, y quien, asimismo, interpuso el recurso de casación.

Hechos.

Con la aclaración observada por el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, de que "el sujeto que dijo llamarse Javier Duque Toro es el mismo a quien después se ha identificado, en el curso de este proceso, como Abraham González Arboleda", bien puede aceptarse la relación de hechos presentada en la demanda, a saber:

"A comienzos del mes de septiembre de 1960, el señor Antonio Sierra Mazorra anunció por la prensa la venta de un vehículo automotor. Con motivo de ello, Hernán Vásquez Vásquez se mostró interesado en la compra de ese automotor y entró en tratos con Sierra Mazorra, pero como no se acordaron en el precio de la compraventa, entonces Vásquez manifestó a Sierra que él conocía un individuo dueño de minas de oro en Zaragoza que tenía para la venta varios kilos de ese precioso metal. Sierra y Vásquez concertaron una cita o entrevista con el poseedor del oro, y así fue como, en la propia oficina de Sierra, Vásquez tuvo la oportunidad de presentar a Javier Duque como el dueño del metal.

"Sierra se manifestó interesado en la compra del oro, pero dijo a Javier Duque que, antes de cualquier negocio, era preciso hacer examinar técnicamente el metal que se le mostraba, y al efecto Duque entregó a Sierra parte del metal, en un saco o talega, para el examen. Esta parte del oro fue llevada por Sierra a la 'Fundición Gutiérrez', de la ciudad de Medellín, para su análisis, y el resto, por convenio con el vendedor o vendedores, fue depositado por Sierra en una cajilla de seguridad del Banco de Bogotá, mientras se obtenía el certificado de la Fundición.

"La 'Fundición Gutiérrez', luego de un examen científico, certificó que el metal que se le envió era oro de excelente calidad, y entonces Sierra Mazorra, en posesión de ese dato, cerró el negocio de compraventa de todo el metal, y así fue como entregó a Javier Duque la suma de

treinta y tres mil cuatrocientos pesos ($ 33.400). Pero el lote de metal que había sido depositado en la arquilla del Banco de Bogotá resultó ser 'limalla de plata dorada', según lo certificó la 'Fundición' de Esteban Álvarez, a solicitud de Sierra Mazorra.

"Adelantada la investigación penal, a virtud de denuncia de Sierra Mazorra, culminó el proceso, en primera instancia, ante el Juzgado 5º Superior de Medellín, y luego en segunda instancia ante la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Distrito, para condenar a Hernán Vásquez Vásquez a una pena de prisión de tres años, y a mi patrocinado Abraham González Arboleda a la de dos años y nueve meses de la misma pena, fuera de las accesorias correspondientes, por el delito de estafa".

Demanda de casación y réplica del Ministerio Público.

Propone el demandante tres cargos, con invocación de la causal segunda de casación, a saber:

A. "Errada interpretación de las declaraciones y reconocimientos que, en simples fotografías, hicieron los declarantes Antonio Sierra Mazorra (presunto ofendido), Manuel Sierra Mazorra (su hermano) y Manuel Ramírez, empleado del primero".

Dice el actor que "la sentencia acusada acuerda perfecto mérito probatorio a las declaraciones de Antonio Sierra Mazorra (fs. 1 a 2 v. y 8), Manuel Ramírez (fs. 7 y v.) y Manuel Sierra Mazorra (fs. 8 v. y ss.), en cuanto ellas puntualizan que el sujeto que se presentó con el nombre de Javier Duque Toro les era desconocido. Y por otra parte, el fallo acusado concede completo mérito probatorio a los reconocimientos que dichos ciudadanos verificaron posteriormente (diligencias de fs. 26, 39 y 39 v.), reconocimientos hechos no frente a personas o grupos de personas naturales, como lo exige el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, sino en relación con unas fotografías, tomadas no se sabe cómo, dónde, ni cuándo, ni a quiénes, salvo en cuanto a la oficina instructora certifica que una de ellas corresponde al señor Abraham González Arboleda. En otros términos, se parte de la base de que la ignorancia de los declarantes respecto a la identidad de quien se presentó ante ellos con el nombre de Javier Duque Toro, queda subsanada, borrada o compensada, y convertida en conocimiento cierto, no ya frente a ellos, sino *erga omnes*, de que Javier Duque Toro, el portador y vendedor de la limalla de plata dorada, es Abraham González Arboleda".

Como "demostración de la errada interpretación de los hechos", en cuanto a este primer cargo, el demandante se apoya en el tratadista François Gorphe, quien en su obra sobre "*Crítica del testimonio*" observa que "el error es muy fácil de cometer en el reconocimiento, y entraña en el testigo una seguridad invencible, que tiende a formar una ilusión en los espíritus advertidos. Hay en esto una causa general, esencial, que se encuentra en la naturaleza misma del proceso psicológico" (p. 229); y que con respecto al "reconocimiento de fotografías" (p. 236 y ss.), "todo el mundo sabe a qué errores de reconocimiento exponen..., incluso las mejor hechas. Una imagen inanimada no podría nunca reemplazar la realidad viva. Se recomienda, para hacer reconocer una fotografía, presentarla entre otras, y, si es posible, mostrar varias fotografías del individuo en posturas diferentes. La presentación de la fotografía ante la persona es, por sí misma, una fuente de error, de la que nadie hasta ahora parece haberse dado cuenta".

Dice luego el impugnante que "la cuestión legal está regulada por los artículos 370 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, amén de las demás normas concordantes. Conforme a ellos, el reconocimiento judicial es obligatorio para quienquiera que incrimine a una persona determinada, cuando el Juez o los interesados lo crean necesario, y esto tiene una finalidad, cual es la de que 'no pueda dudarse cuál es la persona' incriminada... Bien entendido que persona 'determinada' no es sinónimo de persona 'identificada'. Y así, en este orden de ideas, Javier Duque Toro resulta persona determinada, pero no identificada".

Agrega que "de acuerdo con lo prescrito por el artículo 371 del Código Procesal Penal, el reconocimiento debe hacerse, aparte de otros requisitos, 'poniendo a la vista de quien hubiere de verificarlo, la persona que haya de ser reconocida'. La persona, dice la ley y no la fotografía... La ley colombiana estableció, específicamente, lo que debía hacerse en los casos de personas incriminadas, que resultaban desconocidas o no identificadas: el reconocimiento *in vivo*, digámoslo así, no a base de fotografías.

"Este reconocimiento fotográfico, frente a la dificultad o imposibilidad de practicar el personal, no lo elevó a prueba valedera nuestra ley procesal. No dijo, por ejemplo: 'En el caso de que no fuere posible verificar el reconocimiento conforme a lo prescrito en los artículos 370 y siguientes, se acudirá al reconocimiento por medio de fotografías'. Que de haber sido así, seguramente que habría prevenido el reconocimiento

de imágenes en orden de evitar los falsos reconocimientos o los posibles abusos de los funcionarios instructores. Porque es bien obvio que, si el reconocimiento normal de personas naturales, mediante su presencia física, es bien expuesto a error, y debe rodearse de ciertos requisitos, como lo exigió nuestro legislador, *a fortiori*, el reconocimiento fotográfico debía reglamentarse con mayor severidad y lujo de condiciones, en el supuesto de que se hubiera promulgado como medio probatorio legítimo para los efectos propios del proceso penal. Y justamente (aunque con injusticia objetiva procesal y doctrinal), lo que hizo la sentencia acusada fue crear esa norma: supeditar al legislador y, en su lugar, determinar *a posteriori* cómo había de reconocerse válidamente, mediante fotografías, a la persona incriminada, a la que no era posible, por el momento, identificar con sujeción a lo específicamente regulado por los artículos 370 y siguientes del Código de Procedimiento Penal".

Anota, por último: "¿Por qué nuestras instituciones procesales penales no regularon, para admitirla como prueba, la identificación a base de simples fotografías? Sin duda, por lo peligrosa y expuesta a error que aparece tal forma de prueba, conforme lo anotan los doctrinantes y psicólogos... La omisión de nuestra ley al respecto no constituye un vacío que pueda llenarse por una imposible analogía *de facto*, sino que por el contrario, encarna la prohibición de erigir el reconocimiento fotográfico en medio probatorio legítimo o válido... Claro resulta, por lo expuesto, que la sentencia acusada confirió un valor o mérito probatorio a lo que, frente a la ley colombiana, no tenía ninguno, incurriendo de esta manera en 'errada interpretación de los hechos'. Y no en materia leve, jurídicamente irrelevante, sino nada menos que en relación con hecho básico o fundamental: el de la responsabilidad del acusado, que no puede sustentarse jurídicamente sino sobre la *imputabilidad material* del mismo, a base de una *identificación* adecuada del sujeto físicamente o materialmente imputable. Por lo demás, si han de aceptarse los argumentos y conclusiones que preceden, no sobra citar, complementariamente, lo dispuesto en los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, supuesto que su desconocimiento y ausencia de sistematización con los artículos 370 y siguientes de la misma obra, llevó al Tribunal fallador a conferir a los reconocimientos fotográficos un valor probatorio de que carecen y, consecuentemente, a pronunciar la condena que, sin cumplirse los supuestos del mencionado artículo 203, impuso a Abraham González Arboleda".

Responde el Ministerio Público, al anterior cargo, en la forma siguiente:

"Observa la Procuraduría que él fue materia de las instancias, lo que se comprueba al leer el memorial o alegato del defensor de González Arboleda que obra al folio 67 del cuaderno principal, cuyas tesis fueron rebatidas en el fallo de primera instancia, lo mismo que en el de segunda, siendo el caso de que el suscrito manifieste su conformidad con lo expresado al respecto por los falladores de una y otra instancia. Y es que evidentemente, como lo puede apreciar directamente la honorable Corte, la fotografía que sirvió para identificar a González Arboleda, la cual obra al folio 112 ib., es tan clara, nítida, ajena a todo truco fotográfico y tomada para el prontuario delictivo del interesado (f. 5 ib.), que explica por qué los tres testigos que conocieron a González y trataron, pudieron reconocerlo sin vacilación alguna".

B. "Errada interpretación de los certificados sobre antecedentes penales del procesado Abraham González Arboleda (fs. 44 y 61 del Cd. principal)".

Dice el impugnante que "en la sentencia acusada se lee, al respecto: 'En los folios 44 y 61 aparecen dos constancias sobre negocios que, por estafa, se le han adelantado al sindicado Gonzáles Arboleda, y en ambos se han usado los mismos métodos y sistemas: tratar de vender limalla por oro. De donde resulta que el sindicado de que se viene hablando es uno de los estafadores que se dedican a delinquir con el procedimiento empleado en contra de los intereses del señor Sierra Mazorra' ".

"Es cuestión de pura lógica...", comenta el señor apoderado del recurrente, "frente a las demostraciones del primer cargo, que el fallo parte del supuesto de que Javier Duque Toro es Abraham González Arboleda, porque los reconocimientos fotográficos así lo demuestran. Pero los reconocimientos dichos son, legalmente, inexistentes, por la imposibilidad jurídica de apreciarlos como pruebas aptas. Luego ni quita ni pone que un sujeto que se conoce en algunas oficinas penales con el nombre de Abráham Gonzales Arboleda, tenga los antecedentes de que habla el fallo. Resulta, pues, errada la interpretación de tales hechos, pues se le dio a un supuesto de los mismos un valor probatorio de que carecía legalmente, quedando afectada del mismo vicio la conclusión de que dichos antecedentes constituyen prueba válida contra el procesado".

A lo anterior, replica el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal así:

"Esta acusación, tal como ha sido planteada por el señor demandante, no es más que una simple consecuencia del anterior cargo. Y esto es así, porque al aceptar la existencia de los citados antecedentes y la especial fisonomía y peculiares condiciones y modos de obrar de González Arboleda allí relatados, simplemente sostiene que no se refieren a su defendido, que persiste e insiste en que es Javiar Duque Toro, persona a la cual él no conoce ni directa y ni indirectamente, como sí conoce de vista, trato y comunicación a González Arboleda".

C. "Errada interpretación de la referencia del detective".

Anota el actor que en el fallo se dice "que no existe duda de que entre Vásquez y González existía algún entendimiento, pues cuando el primero fue capturado le manifestó al detective que él iba a hacer todo lo posible por avisarle a Abraham González con el ánimo de que él que se encontraba en la calle, le ayudara ahora que estaba él condenado".

Observa, en cuanto a lo transcrito, que "en relación con la presunta manifestación del detective, se ha partido en el fallo del mismo supuesto falso: la identificación de Abraham González Arboleda, que, legalmente, no podía verificarse mediante unas fotografías. Con todo, si se aisla tan deleznable prueba (una simple referencia sospechosa), vendría a quedar como principio de un indicio único, insuficiente para condenar, conforme a lo prescrito por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. Con la observación de que el contenido del presunto indicio, aun suponiéndolo plenamente establecido, es decir, aceptando que la declaración del detective constituyera plena prueba de haberse hecho la referencia (art. 223 del C. de P. P.), bien poco acredita de por sí, ya que Vásquez no afirmó que Abraham González hubiera sido su compañero de delito o coautor del mismo".

Agrega que, "en resumen, es manifiesta otra errada interpretación de un hecho, al que se le dio un valor probatorio de que carecía, conforme a lo expuesto. Porque, quedando el indicio con carácter de único, se le habría tenido por suficiente y legítimo para la condena, con violación de los ordenamientos de los artículos 203, 204, 205 y 217 del Código de Procedimiento Penal. Estas normas, enfrentadas al presunto indicio, impedían al Tribunal sentenciador conferirle valor probatorio idóneo para la condena; se le confirió, por tanto, en errada interpretación del mismo hecho, jurídicamente relevante, ya que él hace referencia a factores trascendentales contemplados en la ley para los efectos de la casación (causal segunda)".

En cuanto a esta última tacha, el Ministerio Público dice lo que pasa a transcribirse:

"Este cargo parte también de la afirmación de que 'la identificación de Abraham González Arboleda, legalmente no podía verificarse mediante unas fotografías', lo cual no permite relación alguna con lo manifestado por el detective que capturó a Vásquez Vásquez, quien en su declaración de folio 12 ib., refiere cómo el capturado 'en otra conversación' le hizo alguna manifestación relacionada con González Arboleda.

"Obsérvese que la captura de Vásquez Vásquez se efectuó el 10 de junio de 1960 (f. 10 ib.), la declaración del Agente de la autoridad el 16 del mismo mes y la primera diligencia de identificación sobre las fotografías se efectuó el 23 del mismo mes de junio, lo cual pone de presente que en el ánimo del declarante ni en su conocimiento influyó para nada la identificación aludida, puesto que aún no había ocurrido".

Y refiriéndose al conjunto de los cargos presentados, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal expresa lo que sigue:

"Dejando a un lado todo lo anterior, la Procuraduría considera, con relación a las sustentaciones o argumentos presentados por el impugnador para demostrar sus afirmaciones, que éste todo lo que hace es exponer o enfrentar su propio y personal criterio al del honorable Tribunal, orientando sus apreciaciones en el sentido más favorable a los intereses de su patrocinado.

"Asimismo, la crítica se refiere únicamente a determinadas probanzas relacionadas en la sentencia, pero no a todas y, sobre todo, a la fuerza de todas ellas conjuntas, unidas y coordinadas o relacionadas entre sí, para determinar en un sentido el criterio legal-moral del juzgador, siendo también de subrayar que en la sentencia de primera instancia se hace un estudio muy detenido y pormenorizado de todos los elementos que confluían a la determinación de la misma; que igual cosa se hace en la de segunda instancia, dando la una y la otra la razón, explicación y fundamento de sus premisas y conclusiones, demostrando, así, la vía o senda seguida para la formación del convencimiento más que respetable de uno y otro fallador.

"Por lo demás, resulta indudable que el autor de la demanda, al recurrir en favor de su representado a la causal segunda, se limita a formular una serie de acusaciones al fallo recurrido que no recibe demostración alguna, y que aun en el caso de que la hubiera recibido, no daría pie para reconocer que el fallador, al apreciar las prue-

bas de autos, incurrió en un error protuberante o manifiesto, que al ser de tal condición, obligaría a esa superioridad a subsanarlo''.

Concluye el señor Agente del Ministerio Público solicitando que no se case la sentencia acusada.

Para resolver la Sala considera:

En la sentencia impugnada se prohijan las siguientes consideraciones relacionadas con la prueba de cargo tomada en cuenta para condenar al procesado Abraham González Arboleda:

''El señor defensor de este ausente sostiene que los reconocimientos que se hicieron en las fotografías no constituyen prueba valedera para condenar.

''El Despacho considera que tales reconocimientos sí forman la certeza legal que nuestra ley adjetiva penal demanda para condenar, más aún en el caso de autos, al saberse que el individuo de que se viene hablando tiene capacidad delictual y ha empleado métodos idénticos para estafar.

''Los mencionados reconocimientos se hicieron entre varias fotografías (10, 8 y 8 v., para ser más exactos); y los tres, sin vacilaciones, sin dudas, sin titubeos, en forma categórica, señalaron la de Abraham González como la del sujeto que hizo la venta. ¿Cómo decir, entonces, que se pudieron confundir, que se equivocaron, que no estaban seguros del señalamiento?

''Don Antonio dijo (f. 26): 'Sí, señor; lo conozco desde lejos, es éste, y señaló el retrato'. Esa frase de 'lo conozco desde lejos' es indicativa de que dondequiera que lo vea es capaz de reconocerlo; denota seguridad en su afirmación. Don Manuel Sierra afirmó (f. 39): 'este es el otro, señaló la cuarta de derecha a izquierda, y resultó ser la foto perteneciente a Abraham González Arboleda'. Y el señor Ramírez (f. 39 v.) dijo: 'este es', y señaló la que pertenece efectivamente a Abraham González Arboleda. De manera que no es como lo sostiene el distinguido memorialista, cuando alega que los reconocedores dijeron que el señalado se les parecía; nó; ellos estuvieron seguros y fueron enfáticos.

''En los folios 44 y 61 aparecen dos constancias sobre negocios que, por estafa, se le han adelantado al sindicado González Arboleda; y en ambos se han usado los mismos métodos y sistemas: tratar de vender limalla por oro. En uno de los negocios (que reposa en el Juzgado 4º Superior, y el honorable Tribunal puede constatarlo) se usó de un método similar; González fue cogido *in flagranti;* y si no se le condenó fue porque el honorable Tribunal estimó que los actos realizados no llegaron a constituír infracción penal por la etapa apenas preparatoria a que llegaron los actos realizados; no porque no hubiera prueba que demostrara que González sí había ejecutado la maniobra. De donde resulta que el sindicado de que se viene hablando es uno de los estafadores que se dedican a delinquir con el procedimiento empleado en contra de los intereses del señor Sierra Mazorra...''.

Más adelante anota el *ad quem:* ''Y no existe duda de que entre Vásquez y González existía algún entendimiento. Pues cuando el primero fue capturado le manifestó al detective: 'que él iba a hacer todo lo posible por avisarle a Abraham González con el ánimo de que él que se encontraba en la calle, le ayudara ahora que estaba él encanado'. De estas pruebas se infiere lógicamente que el coautor en el delito investigado fue González Arboleda''.

Ahora bien:

Es cierto, como lo anota el demandante, que el procesado Abraham González Arboleda o Javier Duque Toro no fue reconocido por el denunciante Antonio Sierra Mazorra y los testigos Manuel Sierra Mazorra y Manuel Ramírez, en la forma que señalan los artículos 370 a 373 del Código de Procedimiento Penal, por el obvio motivo de que no pudo ser capturado, y su juzgamiento se adelantó en ausencia. Pero de ello no se desprende que el juzgador en las instancias no pudiera apreciar los testimonios de los hermanos Sierra Mazorra y de Manuel Ramírez, quienes, dentro de un grupo de ocho fotografías, señalaron la de Abraham González Arboleda como correspondiente al sujeto que dijo llamarse Javier Duque Toro con ocasión del delito de estafa averiguado.

El *ad quem,* en la sentencia acusada, señala las razones por las cuales da credibilidad a dichos declarantes: que ese reconocimiento fue hecho sin vacilaciones, de manera enfática.

De otra parte, si la persona identificada mediante fotografías como Abraham González Arboleda aparece sindicada en un proceso anterior, también seguido por el delito de estafa, y en el que se puso en juego el mismo sistema de engaño empleado para inducir en error a Sierra Mazorra, es lógico que resulta reforzada la credibilidad de quienes hicieron esa identificación.

En diferentes fallos ha dicho esta Sala que la causal segunda de casación requiere, para que prospere, que ''el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente,

errónea e indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable la violación indirecta de la ley''.

En la sentencia acusada, el juzgador, dentro de su prudente arbitrio, dio a los testimonios ya aludidos la credibilidad suficiente para condenar al citado González Arboleda o Duque Toro. En consecuencia, no incurrió en ese yerro manifiesto, único que permite invalidar el fallo con fundamento en la causal segunda de casación.

Es incuestionable, cabe insistir, que la demostración de un yerro protuberante en la apreciación de las pruebas no puede resultar de la simple afirmación que, al respecto, haga el demandante.

No prospera, pues, la causal segunda de casación invocada.

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, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO DE HECHO. — LA SALA PENAL DE LA CORTE NO TIENE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS PROVIDENCIAS QUE PROFIERAN, EN SEGUNDA INSTANCIA, LOS TRIBUNALES SUPERIORES. — PARA QUE EXISTA LA COLISION DE COMPETENCIAS, ES ESENCIAL QUE LA CONTROVERSIA SE HAYA SUSCITADO ENTRE JUECES Y MAGISTRADOS, NO ENTRE ESTOS Y OTRA PERSONA QUE NO TENGA TAL CARACTER.—CORRESPONDE LA DECISION A LA SALA, UNICAMENTE CUANDO EL CONFLICTO QUEDA PLANTEADO

1. La Sala Penal de la Corte no tiene competencia para conocer de las providencias que profieran, en segunda instancia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Su facultad, al respecto, se restringe a "los recursos de apelación en asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores", de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Y en cuanto a la atribución que a esta Sala le indica el ordinal 4º del artículo antes citado, ella se refiere a la "decisión de las competencias que se hayan suscitado en asuntos criminales entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de Distritos Judiciales y, finalmente, entre la jurisdicción militar y la ordinaria". Pero se exige, naturalmente, que la colisión de competencias haya surgido, esto es, que la controversia se haya presentado por parte de los funcionarios que discrepan en cuanto a la facultad para conocer de determinado asunto penal.

Sobre el particular la Corte ha expresado su opinión en autos de 8 de junio de 1954, G. J., t. LXXVII, p. 885; de 24 de junio de 1955, G. J., t. LXXX, p. 557, y de 14 de febrero de 1957, G. J., t. LXXXIV, p. 145.

2. Cuando la controversia entre Jueces o Magistrados no ha tenido ocurrencia, sino que la colisión de competencias solamente resulta insinuada por el personero del procesado, tampoco tiene facultad la Sala de la Corte para conocer del incidente porque no ha sido objeto del correspondiente trámite, del cual se desprenda si existe o no desacuerdo entre la jurisdicción penal ordinaria y la castrense para conocer del proceso. El inciso segundo del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, así lo determina, cuando señala que "la colisión puede ser provocada por el Juez o Magistrado, o a solicitud de parte legítima. Si fuere de oficio, el Juez o Tribunal que la suscite se dirigirá al Juez o Tribunal ante quien se promueva, exponiéndole los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto. Si este Juez o Magistrado no aceptare, contestará dando cuenta al Juez y Tribunal inmediatamente superior para que resuelva de plano la colisión".

Recuérdese que la atribución señalada en el ordinal 4º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, condiciona la intervención de esta Sala a que la colisión de competencias se haya presentado, puesto que se trata de decidir la controversia surgida sobre ese particular. Mientras esa colisión no ocurra, la Corte no puede conocer, como juzgador ad quem, de ninguna de las providencias que el a quo profiera dentro del trámite del incidente, así se haya interpuesto contra alguna de ellas el recurso de apelación, pues, se repite, en esa materia únicamente le corresponde la decisión, cuando el conflicto queda planteado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Bárrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de hecho interpuesto contra el auto del Tribunal Superior

de Pasto, fechado el diez de mayo último, por el cual negó la apelación de la providencia de diez y nueve de abril anterior, dictada en el proceso penal seguido contra Ildefonso Manrique Sierra, por el delito de detención arbitraria.

El personero del procesado ante la Corte sustenta el aludido recurso de hecho en la forma siguiente:

"Actuaciones cumplidas:

"1. El 22 de febrero de 1962 el señor Juez Promiscuo del Circuito de Mocoa dictó auto de sobreseimiento definitivo en favor del Oficial Técnico Artillero de la Armada Nacional señor Ildefonso Manrique Sierra, por no encontrar demostrado el delito de detención arbitraria de que fue sindicado, en su condición de Alcalde Civil y Militar de Leguízamo, por haber ordenado comparecer a su despacho a la señora Asela Torres, orden que cumplió el Inspector de Policía de Puerto Ospina, el 12 de enero de 1962.

"2. El Tribunal Superior de Pasto, en auto de cinco de diciembre de 1962, al conocer por consulta del sobreseimiento, resolvió revocarlo, y en su lugar dictó auto de proceder contra el mentado Oficial por el delito de detención arbitraria (f. 5 v.).

"3. El apoderado del señor Manrique Sierra pidió reposición del auto de proceder, en escrito de siete de febrero de 1963.

"4. En escrito de 28 de marzo de 1963, el señor apoderado 'promueve colisión de competencias en este negocio, para que por parte del Tribunal se declare la inhibición para seguir conociendo' —dice el apoderado—, y se pase a la justicia castrense o se envíen las diligencias al inmediato superior para que se siga el trámite del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal.

"5. El Tribunal, en auto de 19 de abril de 1962, en vez de resolver previamente sobre la colisión de competencias promovida, resolvió 'no reponer el enjuiciamiento de fecha diciembre 5 de 1962'. Pero en la parte motiva del auto aludido dice que la colisión de competencias 'tiene que hacerse, obligada y necesariamente, ante el Juez del conocimiento', que no es el Tribunal (f. 3).

"6. El apoderado interpuso el recurso de apelación en escrito de 23 de abril de 1963 (f. 2 v.). Claro que no recurrió del enjuiciamiento, sino de lo referente a la colisión de competencias, que incidentalmente decidió el Tribunal en su auto de 19 de abril del presente año.

"7. El Tribunal, en auto de 29 de abril de 1963, 'niega la apelación' (f. 2).

"8. El señor apoderado pidió reposición y, en subsidio, solicitó la expedición de copias para recurrir de hecho ante la Corte Suprema de Justicia (f. 2).

"9. Y el Tribunal, en auto de 10 de mayo último, niega la reposición y ordena la expedición de copias para que la Corte Suprema pueda conocer del recurso de hecho de que ahora se trata".

Como razones para que la Corte Suprema de Justicia conceda el recurso, el memorialista señala lo siguiente:

"El recurso de hecho se tramita según las normas del Código de Procedimiento Civil (art. 193 del Código de Procedimiento Penal).

"Y según este Código, cuando se 'deniegue el recurso de apelación, puede la parte agraviada ocurrir de hecho al superior para que lo conceda' (art. 513). Que es de lo que se trata ahora por medio de este recurso de hecho.

"La parte agraviada ha presentado las copias que ordena la ley, ha pedido reposición del auto que niega la apelación, y como se le ha negado también en la reposición, acude al superior del Tribunal, que es la Corte Suprema de Justicia, como lo estatuye el artículo arriba citado (513 del C. J.), para que le conceda la apelación que le ha negado el Tribunal.

"Qué es lo apelado, lo resuelve la solicitud hecha. El señor apoderado le pidió al Tribunal que resolviera sobre la competencia declarándose inhibido, y el Tribunal no resolvió la petición, como ha debido hacerlo. Dentro del auto de llamamiento a juicio se abstuvo de hacer un pronunciamiento, siendo así que 'los Jueces o Magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia' (L. 153 de 1887, art. 48).

"Que no hay tres instancias, es una verdad patente. Pero el señor apoderado no apela del injuiciamiento, sino de la negativa a resolver una colisión propuesta legítimamente. Y como esa negativa está encerrada en la providencia de 19 de abril de 1963, no hay más remedio para la parte lesionada que apelar de ella, en la parte apelable. Lo único que no puede suceder es que no haya autoridad que enmiende el agravio inferido a una parte que hace una petición legítima. Por eso se ha apelado.

"Y como el Tribunal cerró las puertas a la actividad legítima del interesado, la Corte debe conceder la apelación para que le diga al Tri-

bunal cómo hubiera debido proceder legalmente en el caso que se le propuso, que es el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

"Porque una colisión puede ser provocada 'a solicitud de parte legítima' (art. 67 del C. de P. P.). Y como dicha parte le ha expuesto al Tribunal los motivos que tiene para no conocer del asunto, ha debido el Tribunal exponer los que tiene para proseguir en el conocimiento, pero no abstenerse de resolver la cuestión propuesta.

"La razón del Tribunal de que ha debido dirigirse la solicitud al 'Juez del conocimiento', no es valedera, supuesto que el artículo dice que la solicitud se dirige 'al Juez que esté conociendo de él', o sea del proceso (art. 68 citado). En todo caso, eso lo decidirá la Corte, ya que el Tribunal no quiso cumplir con sus deberes.

"La apelación debe concederse en el efecto suspensivo, porque una colisión de competencias suspende el juicio mientras se decide (art. 69 del C. de P. P.)".

Para resolver la Sala considera:

El doctor Julio César Enríquez, en su condición de apoderado del Oficial Técnico Artillero de la Armada Nacional, señor Idelfonso Manrique Sierra, en memorial fechado el 28 de marzo de 1963, dice a la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto que, "en subsidio, y de conformidad con el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, promueve colisión de competencia en este negocio, para que por parte del honorable Tribunal se declare la inhibición para seguir conociendo. Si ella se acepta, por fuerza, las diligencias pasarán a la justicia castrense, y en caso contrario, se enviarán al inmediato superior para que se surta el trámite indicado en el artículo 67 del mismo libro. En todo caso, el honorable Tribunal, que viene conociendo del caso, con plena jurisdicción, puede y debe resolver sobre las incidencias de nulidad y competencia, que propongo, y que encajan plenamente en el recurso de reposición contra el enjuiciamiento".

A lo anterior respondió lo siguiente la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto:

"La colisión de competencia puede demandarse o pedirse que se provoque o establezca, pero 'ante el Juez que esté conociendo del negocio o ante el que se considere competente para dicho conocimiento'. Nunca ante quien, en su condición de Juez *ad quem,* como lo es el Tribunal en el caso presente, no puede ejercitar sino una facultad revisora. Dicho de otro modo: la demanda o petición para que se provoque colisión de competencias tiene que hacerse, obligada y necesariamente, ante el Juez del conocimiento. Valga decir, ante el Juez de competencia. En el caso, el del Circuito de Mocoa. El Tribunal podía conocer, y estuvo bien que así se le pidiera, de la causal de nulidad que lo correspondiente o alegado hubiese podido generar. Pero no puede entrar, por ser en el caso, recálcase, Juez *ad quem,* a provocar competencia alguna en negocio que no le corresponde...".

Ahora bien:

La Sala Penal de la Corte, es obvio y así lo reconoce el señor personero del procesado al sustentar el recurso de hecho, no tiene competencia para conocer de las providencias que profieren, en segunda instancia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Su facultad, al respecto, se restringe a "los recursos de apelación en asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores", de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Y en cuanto a la atribución que a esta Sala le indica el ordinal 4º del artículo antes citado, ella se refiere a la "decisión de las competencias que se hayan suscitado en asuntos criminales entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de Distritos Judiciales, y, finalmente, entre la jurisdicción militar y la ordinaria". Pero se exige, naturalmente, que la colisión de competencias haya surgido, esto es, que la controversia se haya presentado por parte de los funcionarios que discrepan en cuanto a la facultad para conocer de determinado asunto penal.

Sobre este particular, la Corte, en auto de 14 de febrero de 1957 (G. J., t. LXXXIV, p. 145), dice lo que pasa a transcribirse:

"Para que exista la colisión de competencias, ya negativa, ora positiva, y pueda decidirse por el superior, es esencial que la controversia se haya suscitado entre Jueces o Magistrados, no entre éstos y otra persona que no tenga tal carácter, vale decir, es indispensable que un Juez o Magistrado diga a otro Juez o Magistrado, directamente, por medio de una providencia, que este último es competente o no para conocer de un proceso. El texto del artículo 65 del Código de Procedimiento Penal es meridianamente claro. El 68, con igual claridad, dice cómo debe obrar el Juez a quien una de las partes en el proceso suscita la colisión, para que se establezca el vínculo entre quienes debe establecerse; no hay vinculación legal entre los que administran justicia cuando apenas se contesta a

un interesado que se es competente y, por tanto, que se considera que otro no lo es".

Y en providencias anteriores, esta Sala también expresa lo siguiente:

"Según el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal, la colisión de competencias no existe sino en el caso de que haya desacuerdo entre dos Jueces o Tribunales, en lo referente a saber a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un determinado negocio. Sería absurdo pensar en que, si hay acuerdo sobre tal punto, sea no obstante, posible una colisión de competencias.

"En armonía con lo anterior, la colisión de competencias no surge en el momento en que ella es provocada, sino en el que es aceptada. Cuando la provocación es resuelta de conformidad con el criterio del provocante, toda posibilidad de colisión de competencias desaparece" (autos de 8 de junio de 1954, G. J., t. LXXVII, p. 885, y de 24 de junio de 1955, G. J., t. LXXX, p. 557).

En el presente caso, la colisión de competencias no ha surgido, pues solamente resulta insinuada por el personero del procesado. La controversia entre Jueces o Magistrados no ha tenido ocurrencia.

En consecuencia, tampoco tiene facultad la Sala Penal de la Corte para conocer en este asunto, pues el incidente sobre colisión de competencias, al cual alude el recurrente de hecho, no ha sido objeto del correspondiente trámite, del cual se desprenda si existe o no desacuerdo entre la jurisdicción penal ordinaria y la castrense para conocer del proceso. El inciso segundo del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal así lo determina, cuando señala que "la colisión puede ser provocada de oficio por el Juez o Magistrado, o a solicitud de parte legítima. Si fuere de oficio, el Juez o Tribunal que la suscite se dirigirá al Juez o Tribunal ante quien se promueva, exponiéndole los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto. Si este Juez o Magistrado no aceptare, contestará dando cuenta al Juez y Tribunal inmediatamente superior para que resuelva de plano la colisión".

Recuérdese que la atribución señalada en el ordinal 4º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, condiciona la intervención de esta Sala a que la colisión de competencias se haya presentado, puesto que se trata de decidir la controversia surgida sobre ese particular. Mientras esa colisión no ocurra, la Corte no puede conocer, como juzgador *ad quem*, de ninguna de las providencias que el *a quo* profiera dentro del trámite del incidente, así se haya interpuesto contra alguna de ellas el recurso de apelación, pues, se repite, en esa materia únicamente le corresponde la decisión, cuando el conflicto queda planteado.

Cabe, pues, concluír que fue bien denegado el recurso de apelación de que se ha hecho mérito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *estima* bien denegada la apelación del auto al cual se refiere el recurso de hecho interpuesto por el señor personero del procesado Ildefonso Manrique Sierra, dentro del negocio que se le sigue por el delito de detención arbitraria, y *dispone* que se remita copia de esta providencia al Tribunal Superior de Pasto —Sala Penal—, para que conste en los autos.

Cópiese y notifíquese.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITOS CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS

El artículo 186 del Código Penal consagra un motivo específico de agravación de la pena y estipula una protección de los funcionarios públicos respecto del ejercicio de su cargo. Antecedentes de mala conducta del procesado. — Sanciones al delincuente. — La mayor o menor peligrosidad de quien ha delinquido cabe ser establecida principalmente, en razón de las condiciones personales del agente.

1. Es evidente que el ad quem no le dio a los hechos la calificación de asesinato, fundado en la circunstancia agravante prevista en el artículo 186 del Código Penal, sino porque el Jurado afirmó que el delito de homicidio fue cometido con alevosía, esto es, en las condiciones señaladas en el ordinal 5º del artículo 363 de la misma obra.

Es cierto que, de acuerdo con el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho" y no al Jurado. Pero el precepto contenido en el artículo 186 del Código Penal no alude a una circunstancia de mayor peligrosidad, sino que consagra un motivo específico de agravación de la pena, respecto de los delitos cometidos contra un funcionario público, "por razón o causa del ejercicio de sus funciones", según el cual la sanción se aumentará de una sexta parte a la mitad.

Al afirmar el Jurado la existencia de esta circunstancia agravadora, era obvio que el Juez de derecho la tomara en cuenta para dosificar la pena.

El precepto contenido en el artículo 186 del Código Penal, estipula una protección de los funcionarios públicos respecto del ejercicio de su cargo, distinta de la tutela indicada en los artículos 184 y 185, consistente en reprimir más severamente los que contra aquéllos se cometan, por razón o causa del ejercicio de sus funciones. No se trata, pues, de un delito en sí, sino de una circunstancia agravante de la sanción, respecto de otras infracciones punibles.

En providencia de 10 de abril de 1946 (G. J., t. LX, p. 512), esta Sala expresa que "el Código establece penas más severas para las infracciones de que sean víctimas los funcionarios públicos, no sólo como una protección especial a sus personas por la dignidad de que están investidos, sino principalmente como una garantía de que el natural ejercicio de sus funciones será cumplido a cabalidad".

2. El Tribunal Superior al encontrar correcta la dosificación de la pena básica hecha por el a quo, no alude, como asevera el demandante, a conducta anterior delictuosa del procesado —causal 2ª del artículo 37 del Código Penal—, sino a los "antecedentes de mala conducta...", del mismo..., "que acusan una personalidad peligrosa socialmente". Se fundaron, pues, los juzgadores de instancia en la norma contenida en el artículo 36 de la misma obra, según la cual, "dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente".

A esas condiciones personales del procesado se refiere el ad quem y no a circunstancias de mayor peligrosidad.

En nada incide el reparo que hace el apoderado del recurrente, sobre ausencia de "copias de sentencias condenatorias..." contra su mandante, para que se pueda afirmar que "su conducta anterior haya sido mala", pues el aumento, en dos años, de la pena mínima indicada en el artículo 363 del Código Penal, no se llevó a cabo con apoyo en el ordinal 2º del artículo 37

de la misma obra. Esta Sala, en sentencia de 7 de mayo de 1955, publicada en la G. J., t. LXXX, p. 503, estudia el alcance del artículo 36 del Código Penal.

Evidentemente, la mayor o menor peligrosidad de quien ha delinquido, no sólo cabe ser establecida con base en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen, sino principalmente en razón de las condiciones personales del agente, según los datos del proceso que las pongan de manifiesto. El ad quem, con apoyo, no en condenas anteriores por delitos, proferidas contra el procesado, sino en las constancias del informativo sobre su calidad moral y social, y su comportamiento agresivo cuando ingiere bebidas embriagantes, encontró que el procesado "acusa una personalidad peligrosa socialmente..., su inadaptación al medio social, su inclinación al delito, la fragilidad de sus controles morales sobre su vida afectiva, pues reacciona violentamente contra sus semejantes, haciendo explosión en el delito".

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el cuatro de agosto de mil novecientos sesenta y uno, por la cual impuso al procesado Pedro Pablo Montañez la pena principal de veinte (20) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Hernando o Fernando Jaimes.

El negocio fue fallado, en primera instancia, por el Juzgado 4º Superior de la misma ciudad.

Hechos:

El *ad quem,* en la providencia de 29 de septiembre de 1960, hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El cuatro de junio del año próximo pasado..." (1959)..., "el Juez Municipal de Tona se trasladó a la casa de Eufrasio Sanabria, paraje de 'Marsella', sobre la carretera que de aquel Municipio conduce a Bucaramanga, a practicar una inspección ocular con motivo de un denuncio que en materia criminal cursaba en su Despacho.

"Para el cumplimiento de aquella diligencia nombró como peritos a Efraím Maestre, Inspector de Higiene, y al Policía Municipal Hernando Jaimes.

"Al poco tiempo de llegados el funcionario y los peritos a la casa de Sanabria apareció en el corredor de la casa Pedro Montañez montando un macho, y luego de bajarse y saludar a los tres ciudadanos que en ese momento consumían una cerveza, compartió con ellos la misma bebida que alguien le ofreció.

"Consumida la cerveza, el funcionario y los peritos se dispusieron a practicar la diligencia, y Montañez montó en su cabalgadura y se alejó del sitio, sin que ninguno de los presentes hubiera notado alguna prevención de parte de Montañez para los allí presentes.

"El Juez y sus acompañantes realizaron la diligencia, y cuando se disponían a regresar al pueblo, la dueña de casa les pidió que esperaran a su esposo, que no demoraría en llegar. En efecto, poco después llegó Sanabria, y les insistió que esperaran al almuerzo, lo que fue aceptado por los tres.

"En la cocina de la casa almorzaron y pasaron luego a la tienda a tomarse una cerveza; en ese momento regresó a dicho lugar Pedro Montañez, se desmontó de su cabalgadura y entró a la tienda, donde ofreció una cerveza a cada uno de los presentes allí.

"El Juez manifestó que era tiempo de regresar al pueblo, y se despidió de los dueños de casa, que estaban en la trastienda, y salió; Maestre penetró a la trastienda para despedirse y Hernando Jaimes permaneció junto a Montañez, por fuera del mostrador, con un paquete de cebollas que el Juez Municipal le había dado para traer.

"Fue en ese momento cuando Montañez sacó un cuchillo y súbitamente, sin decir palabra alguna, atacó inmisericordemente a Jaimes, agarrándolo con la mano izquerda de la ropa y descargando repetidos golpes sobre su cuerpo con la mano derecha; como la puerta de la tienda que da al corredor se cerró, el Juez que estaba afuera, la abrió y al entrar constató el ataque de que era víctima su acompañante, el Policía Jaimes, hecho que lo indujo a reprobarlo.

"También el dueño de casa le llamó la atención a Montañez, diciéndole que así no se mataba a un hombre, por lo cual Montañez quiso atacarlo por encima del mostrador, pero Sanabria

eludió el ataque y a su vez se defendió con su cuchillo, con el cual alcanzó a herir a Montañez en la espalda, cuando éste volvía el cuerpo para salir de la tienda y emprender la fuga en su cabalgadura.

"Los circunstantes, aturdidos por el ataque tan sorpresivo y tremendo de que fue objeto el Policía Municipal, no pudieron reaccionar inmediatamente para defender a la víctima ni para capturar al agresor, entre otras cosas porque ninguno de los que concurrieron a la diligencia portaba armas de ninguna clase.

"Rápidamente abordó su cabalgadura el matador y se alejó del sitio, en dirección a la vereda de 'El Carrisal', lugar de su residencia, y después de infructuosas comisiones del Ejército, al fin se logró su captura en los primeros días del mes siguiente.

"Así terminó la etapa de animadversión y amenazas de que había sido objeto el occiso por parte de su victimario, como se verá luego, al estudiar lo relacionado con la responsabilidad del autor del atentado criminoso".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público.

El doctor Carlos E. Camacho, en su condición de apoderado del recurrente Pedro Pablo Montañez Moreno, invoca la causal primera de casación, pues considera que el *ad quem* "se excedió en la graduación de la pena impuesta a..." su mandante.

El señor Personero del procesado fundamenta, así, el cargo hecho a la sentencia recurrida:

"Al Jurado de Conciencia se le sometió un cuestionario en el que se le preguntó sobre la responsabilidad penal de Pedro Pablo Montañez Moreno, en el homicidio cometido por éste en la persona de Hernando Jaimes Gaitán, incluyendo en él tres causales de agravación: la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, la alevosía y ser el occiso un funcionario público.

"El Jurado descartó la calificante de la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, dejando en pie las dos restantes. Con base en dicho pronunciamiento, el señor Juez de derecho dictó sentencia condenatoria contra el procesado, imponiéndole la pena de veinte (20) años de presidio e incorporales de rigor".

.....

"En el caso de autos, el señor Juez del conocimiento y el honorable Tribunal Superior han debido dar cumplimiento a lo dispuesto en las normas procesales y la jurisprudencia, graduando la pena con base en la calificante de la alevosía que se le imputó en el auto de proceder, resumida en el cuestionario sometido a la consideración del Jurado y desarrollada por el Tribunal sentenciador en el fallo recurrido, lo que vendría a dar al procesado la pena de quince (15) años de presidio. Con el aumento de un año, por razón de la calidad de funcionario público que tenía la víctima, la pena imponible sería la de diez y seis (16) años de presidio, factores éstos que hacen que la pena de veinte (20) años de presidio sea excesivamente tasada por el Tribunal sentenciador, habiéndose incurrido en indebida aplicación de la ley penal sustantiva por este aspecto, ya que el aumento de cuatro (4) años representa indebida aplicación de la ley en sus artículos (sic) 36 del Código Penal, que faculta al juzgador para aplicar la sanción según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, y los motivos determinantes y la personalidad del agente activo del delito.

"En el caso de Pedro Pablo Montañez Moreno no se puede afirmar que su anterior conducta haya sido mala, por cuanto que si le aparecen algunas sindicaciones, ellas no se pueden tomar en cuenta para agravar la pena, por la sencilla razón de que lo que la ley exige es que se aporten al proceso las copias de las sentencias respectivas, proferidas por la autoridad competente y que se encuentren debidamente ejecutoriadas.

"En la sentencia recurrida, el honorable Tribunal sentenciador incurrió en indebida aplicación de la ley penal sustantiva, al tomar como circunstancia calificante del delito de homicidio imputado al procesado, la circunstancia de que el señor Hernando Jaimes Gaitán era un funcionario público, y esa circunstancia no está prevista en el artículo 363 del Código Penal, razón por la cual se le debe tomar es como circunstancia-base para el aumento de la pena impuesta. La sola razón de ser la víctima un funcionario público no autoriza al Tribunal sentenciador a cambiar la denominación jurídica del delito, o sea, de homicidio voluntario por el de asesinato, ya que las calificantes del homicidio agravado están taxativamente previstas en el artículo 363 del Código Penal; y el error del honorable Tribunal consiste precisamente en este punto, por cuanto que tomó la circunstancia consignada en el artículo 186 del Código Penal para someterla a la consideración del Jurado, siendo que ella es privativa del Juez de derecho.

"Siendo que la calidad de funcionario público que ostentaba el señor Hernando Jaimes Gaitán significa una circunstancia de mayor peligrosi-

dad, apta solamente para la graduación de la pena, al señor Juez de derecho le estaba vedado consignarla en el auto de proceder y en el cuestionario sometido al Jurado de Conciencia. Si el Jurado se pronunció sobre ella afirmativamente, ello implica que invadió la órbita del Juez de derecho y al interpretarla el Tribunal sentenciador, en la forma como lo hizo, incurrió en quebrantamiento de la ley penal sustantiva, por el aspecto de que erróneamente la tomó como circunstancia calificante del delito, y con base en ella impuso la pena de veinte años de presidio. Atrás dijimos que no le aparecen circunstancias de mayor peligrosidad plenamente demostradas dentro del informativo al señor Montañez Moreno, por cuanto hay ausencia de copias de sentencias condenatorias. Que haya sido sumariado, no es prueba de mala conducta. Dice la honorable Corte: 'Ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para averiguar si se ha cometido un delito o una contravención' (casación de 10 de marzo de 1947, G. J., t. LXII, p. 777)".

A lo anterior, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal responde lo siguiente:

"Se comete un garrafal error al considerar que la circunstancia consignada en el artículo 186 del Código Penal, sólo puede ser apreciada por el Juez de derecho o 'es privativa' de este Juez, desde luego que tal circunstancia no corresponde propiamente a una de mayor peligrosidad, sino a un agravante de la responsabilidad penal por la comisión de un delito contra un funcionario público.

"Pero además sucede que en la demanda se incurre en grave despropósito o desacierto cuando se arguye que en la sentencia se aplicó indebidamente la ley penal, porque la circunstancia de ser el occiso funcionario público 'no está prevista en el artículo 363 del Código Penal' y no autoriza al Tribunal sentenciador a cambiar la denominación jurídica del delito, 'o sea de homicidio voluntario por el de asesinato'. Se repite que es desacertado razonar así, porque con ello se olvida que al acusado, definitivamente se le consideró responsable de un asesinato, no porque el Jurado reconociera que le dio injusta muerte a un funcionario público, a causa del ejercicio hecho de sus funciones, sino porque estimó que el homicida había actuado alevosamente, esto es, en la circunstancia prevista por el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal. Es decir, que la alevosía empleada y afirmada por el *juri* elevó el homicidio a la categoría de delito calificado, y el hecho de ser funcionario público quien resultó muerto constituyó motivo suficiente para aplicar una pena más severa todavía que la propia del asesinato, por la sencillísima razón de tener establecida la ley penal, en su artículo 186, una especial protección de los funcionarios públicos, en forma de defender la persona y la dignidad pública de éstos, agravando la pena propia del delito que contra los mismos se cometa".

Concluye el señor Agente del Ministerio Público expresando que se "evidencia el yerro en que incurre el impugnador al hablar de una supuesta indebida aplicación de los artículos 36 y 363 del Código Penal...", pues... "no hubo exceso alguno por parte del fallador al dosificar la pena de acuerdo con la facultad conferida por el artículo 36 del Código tántas veces citado, y teniendo en cuenta, como disposiciones violadas, los referidos artículos 186 y 363, ordinal 5º".

Fundamentos de la sentencia acusada para señalar la pena.

Luego de tomar en cuenta la alevosía para calificar como asesinato el delito de homicidio cometido por el procesado recurrente, el *ad quem* hace las siguientes consideraciones para determinar la pena principal de veinte años de presidio, impuesta a Montañez Moreno:

"Igualmente debe computarse como circunstancia agravante la relacionada con la calidad de funcionario público a quien se atacó precisamente por causa y razón de haber desempeñado varias comisiones encomendadas por autoridad superior, para la captura de uno de los hermanos de Pedro Pablo Montañez, y que fue el principal motivo de la ojeriza que éste le profesaba y que expresó en varias oportunidades, como se dijo en el auto de proceder.

"El jurado dijo también en su veredicto que el sentenciado se había 'excedido en el hecho', queriendo significar que el número de lesiones que Montañez causó a su víctima —once en total, en contados segundos— denotaba cierto grado de sevicia en el victimario.

"Sin embargo, como lo anotó el Juzgado, aquella expresión del Jurado no puede computarse como nota agravadora de la responsabilidad, sino como circunstancia demostrativa de mayor peligrosidad para efectos de la mensura de la pena.

"Y ello debe ser así, en primer lugar porque en las providencias calificatorias de primera y segunda instancia, aquel aspecto no se computó

como circunstancia modificadora, y tampoco en la audiencia pública, y además, porque la expresión usada por el Jurado de conciencia no encierra en forma completa el concepto de la 'sevicia'.

"Sobre la personalidad del sentenciado y sus antecedentes, tanto el Juzgado como el Tribunal hicieron comentarios detallados acerca de la calidad moral y social de Montañez en el auto calificatorio; se tienen los informes judiciales de los procesos penales que cursan en diversos juzgados contra Montañez por homicidio, violencia carnal y con posterioridad a su detención, por lesiones en un guardián de la cárcel.

"Se sabe que cuando Montañez se embriaga, da demostraciones inequívocas de su mal carácter, y es amigo de ofender y provocar molestias.

"El informe del Jefe de la Policía del Departamento del Magdalena, en cuyo Cuerpo sirvió algún tiempo, expresa que Montañez fue dado de baja 'por observar una conducta depravada, usar de las bebidas embriagantes e intervenir en política' (f. 30).

"Todos estos antecedentes de mala conducta de Pedro Pablo Montañez acusan una personalidad peligrosa socialmente; demuestran su inadaptación al medio social, su inclinación al delito, la fragilidad de sus controles morales sobre su vida afectiva, pues reacciona violentamente contra sus semejantes, haciendo explosión en el delito.

"Por todo ello, la medida básica de la sanción fijada en diez y siete años por el Juez de instancia corresponde a una dosificación adecuada con la personalidad del sentenciado y la categoría del delito.

"El incremento en tres años más, por la circunstancia prevista en el artículo 186 del Código Penal, se ajusta a la dosificación prevista en aquella disposición".

Para resolver la Sala considera:

En la sentencia acusada no se incurrió, como afirma el demandante, en violación de la ley penal, por indebida aplicación de la misma.

En efecto:

a) Es evidente, como observa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, que el *ad quem* no le dio a los hechos la calificación de asesinato, fundado en la circunstancia agravante prevista en el artículo 186 del Código Penal, sino porque el Jurado afirmó que el delito de homicidio fue cometido con alevosía, esto es, en las condiciones señaladas en el ordinal 5º del artículo 363 de la misma obra.

b) Es cierto que, de acuerdo con el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho" y no al Jurado. Pero el precepto contenido en el artículo 186 del Código Penal no alude a una circunstancia de mayor peligrosidad, sino que consagra un motivo específico de agravación de la pena, respecto de los delitos cometidos contra un funcionario público, "por razón o causa del ejercicio de sus funciones", según el cual la sanción se aumentará de una sexta parte a la mitad.

Al afirmar el Jurado la existencia de esta circunstancia agravadora, era obvio que el Juez de derecho la tomara en cuenta para dosificar la pena.

En el presente caso, habida consideración de que el *ad quem* fijó en diez y siete años de presidio la pena básica, el aumento de esta sanción, con apoyo en lo indicado en el referido artículo 186 del Código Penal, únicamente alcanzó al mínimo, esto es, a la sexta parte, más dos meses.

El precepto mencionado estipula una protección de los funcionarios públicos respecto del ejercicio de su cargo, distinta de la tutela indicada en los artículos 184 y 185, consistente, como se dejó anotado, en reprimir más severamente los delitos que contra aquéllos se cometan, por razón o causa del ejercicio de sus funciones. No se trata, pues, de un delito en sí, sino de una circunstancia agravante de la sanción, respecto de otras infracciones punibles.

En providencia de 10 de abril de 1946 (G. J., t. LX, p. 512), esta Sala expresa que "el Código establece penas más severas para las infracciones de que sean víctimas los funcionarios públicos, no sólo como una protección especial a sus personas por la dignidad de que están investidos, sino principalmente como una garantía de que el natural ejercicio de sus funciones será cumplido a cabalidad".

c) El Tribunal Superior de Bucaramanga, al encontrar correcta la dosificación, en diez y siete (17) años de presidio, de la pena básica hecha por el *a quo*, no alude, como asevera el demandante, a conducta anterior delictuosa del procesado —causal 2ª del artículo 37 del Código Penal—, sino a los "antecedentes de mala conducta..." del mismo... "que acusan una personalidad peligrosa socialmente". Se fundaron, pues, los juzgadores de instancia en la norma contenida en el artículo 36 de la misma obra, según

la cual, "dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente".

A esas condiciones personales de Montañez Moreno se refiere el *ad quem* y no a circunstancias de mayor peligrosidad.

En nada incide el reparo que hace el señor apoderado del recurrente, sobre ausencia de "copias de sentencias condenatorias..." contra su mandante, para que se pueda afirmar que "su conducta anterior haya sido mala", pues, como se dejó dicho, el aumento, en dos años, de la pena mínima indicada en el artículo 363 del Código Penal, no se llevó a cabo con apoyo en el ordinal 2º del artículo 37 de la misma obra.

En cuanto al alcance del artículo 36 del Código Penal, esta Sala, en sentencia de 7 de mayo de 1955, dice lo que pasa a transcribirse:

"En el artículo 36 del Código Penal está concretado todo el moderno principio de la peligrosidad como fundamento y medida de la sanción. Y para poder el Juez determinar en cada caso concreto ese estado peligroso del agente, el legislador dio índices precisos o pruebas de tales manifestaciones dañinas, colocando en primer término 'la gravedad y modalidades del hecho delictuoso' —que es elemento primario y decisivo—, y luego los motivos determinantes, las circunstancias que rodearon la infracción y la personalidad del reo. Estas cuatro orientaciones para el juzgador son genéricas y tienen individualidad propia, pues juegan separadamente. Por eso, bien puede acaecer que ante la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad, el Juez suba el mínimo de la sanción, recurriendo a cualquiera de los otros derroteros que le marca el artículo 36" (G. J., t. LXXX, p. 503).

Evidentemente, la mayor o menor peligrosidad de quien ha delinquido no sólo cabe ser establecida con base en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen, sino principalmente en razón de las condiciones personales del agente, según los datos del proceso que las pongan de manifiesto. Y en este negocio, el *ad quem,* con apoyo, no en condenas anteriores por delitos, proferidas contra Montañez Moreno, sino en las constancias del informativo sobre su calidad moral y social y su comportamiento agresivo cuando ingiere bebidas embriagantes, encontró que el procesado "acusa una personalidad peligrosa socialmente..., su inadaptación al medio social, su inclinación al delito, la fragilidad de sus controles morales sobre su vida afectiva, pues reacciona violentamente contra sus semejantes, haciendo explosión en el delito".

No prospera, según lo antes considerado, la causal primera 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 1º Delegado en lo Penal, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

TERMINOS PROCESALES. — PARA QUE LA DEMANDA DE CASACION SURTA SUS EFECTOS ES NECESARIO QUE LLEGUE A LA CORTE DENTRO DE LOS TERMINOS LEGALES

En sentencia de casación de 22 de noviembre de 1948 (G. J., t. LXV, p. 174) dice la Corte lo que pasa a transcribirse: "Si la observancia de las condiciones de forma que, de conformidad con la ley, deben revestir los actos procesales, implica determinada sanción (nulidad del acto), la inobservancia de los términos (preclusivos o perentorios) también implica determinada sanción (caducidad) que causa la inexistencia del acto; así, el acto realizado extemporáneamente es inexistente por cuanto se realizó cuando ya había caducado el derecho a ejecutarlo por causa del vencimiento del término que condicionaba ese derecho. Esta doctrina, ya no controvertible, es la que sustentan normas como las de los artículos 178 y 202 del Código de Procedimiento Penal y 597 (3) del Código de Procedimiento Civil".

Ahora bien:

De conformidad con lo preceptuado en el segundo inciso del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, si el recurso de casación es admitido, "se ordenará dar traslado a la parte recurrente por el término de quince días para que formule la demanda...". Y de acuerdo con el 565 de la misma obra, "si el recurso no se fundare dentro del término legal, la Sala lo declarará desierto y condenará en costas a la parte recurrente".

Esta Sala, en providencias de 11 de mayo de 1951 (G. J., t. LXXX, p. 719), y de 19 de julio del mismo año (G. J., t. LXX, p. 121), expresa lo siguiente: "De conformidad con el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, debe aplicarse por analogía el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, que dice: 'La demanda puede remitirse a la Corte por la parte o por su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro de dicho término. Quiere decir lo anterior que la demanda de casación puede ser enviada de lugar distinto a donde se sigue el negocio, pero para que ella surta sus efectos es indispensable que llegue a la Corte dentro de los términos legales".

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Refiriéndose la parte no recurrente a la demanda de casación presentada por el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Manizales, en la cual impugna la sentencia de dicha corporación judicial, fechada el 27 de febrero de 1963, en la que se absuelve al doctor Gentil Restrepo Uricoechea del delito de violencia carnal, manifiesta que la Corte no puede ocuparse de ella por no haber sido presentada dentro del término legal. Pide, en consecuencia, el señor personero del procesado que se declare desierto el recurso, con fundamento en lo previsto en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Agrega el doctor Marino Jaramillo Echeverri —apoderado de la parte no recurrente— que "la demanda debe presentarse ante la Corte, o si se envía debe llegar dentro del término. En este caso, fue enviada por el Tribunal Superior de Manizales el 10 de septiembre de 1962, y fue recibida en la Corte el día 13. Si el término para la demanda empieza a correr desde la última notificación al Fiscal (agosto 23), el término le venció el día 8 de septiembre, fecha en la cual debía haber llegado, a más tardar, el expediente a la Corte, si en verdad no hubiesen corrido ya unos días".

Para resolver la Sala considera:

En sentencia de casación de 22 de noviembre de 1948 (G. J., t. LXV, p. 174), dice la Corte lo que pasa a transcribirse:

"Si la observancia de las condiciones de forma que, de conformidad con la ley, deben revestir los actos procesales, implica determinada sanción (nulidad del acto), la inobservancia de los términos (preclusivos o perentorios) también implica determinada sanción (caducidad) que causa la inexistencia del acto: así, el acto realizado extemporáneamente es inexistente por cuanto se realizó cuando ya había caducado el derecho a ejecutarlo por causa del vencimiento del término que condicionaba ese derecho. Esta doctrina, ya no controvertible, es la que sustentan normas como las de los artículos 178 y 202 del Código de Procedimiento Penal y 597 (3) del Código de Procedimiento Civil".

Ahora bien:

De conformidad con lo preceptuado en el segundo inciso del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, si el recurso de casación es admitido, "se ordenará dar traslado a la parte recurrente por el término de quince días para que formule la demanda...". Y de acuerdo con el 565 de la misma obra, "si el recurso no se fundare dentro del término legal, la Sala lo declarará desierto y condenará en costas a la parte recurrente".

Según la constancia dejada por la Secretaría del Tribunal Superior de Manizales, al recurrente se le notificó el día 23 de agosto de 1962 el auto de esta Sala, en el cual se mantiene la providencia de doce de junio del mismo año, por la que se dispuso correr traslado "al señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Manizales, por el término de quince días, para que formule la correspondiente demanda de casación". Ese lapso venció el día 10 de septiembre siguiente. Y como la demanda llegó a la Corte el día trece (13) del mismo mes, es obvio que el recurso no fue fundado dentro del plazo legal, por lo que corresponde declararlo desierto.

Esta Sala, en providencias de 11 de mayo de 1951 (G. J., t. LXIX, p. 719) y de 19 de julio del mismo año (G. J., t. LXX, p. 121), expresa lo siguiente: "De conformidad con el artículo 7º del Código de Procedimientc Penal, debe aplicarse por analogía el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, que dice: 'La demanda puede remitirse a la Corte por la parte o por su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro de dicho término'. Quiere decir lo anterior que la demanda de casación puede ser enviada de lugar distinto a donde se sigue el negocio, pero para que ella surta sus efectos es indispensable que llegue a la Corte dentro de los términos legales".

Cabe, pues, dar aplicación a la norma contenida en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, como lo solicita la parte no recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara desierto* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

PREVARICATO

Estructuración jurídica de este ilícito. — El elemento "a sabiendas" expresa de modo específico el dolo propio del prevaricato. — Circunstancias que imponen el sobreseimiento definitivo.

1. El delito de prevaricato definido y sancionado en el artículo 168 del Código Penal exige para su estructuración jurídica en su forma de acción positiva que el agente obre a sabiendas, elemento que expresa de modo específico el dolo propio del ilícito; que la sentencia, resolución o dictamen del funcionario público sean contrarios a derecho, y a más de ilegales, "expresa o manifiestamente injustos".

2. Ausentes, en el caso de autos, todos los elementos integrantes de la infracción es obvio que el sumario tiene que terminar con sobreseimiento definitivo, no sólo por estar demostrada la inocencia del procesado, sino también en razón de que el hecho a que se refiere la investigación no se realizó (ordinales 1º y 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal).

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

Procede la Corte —Sala Penal— a calificar de fondo el presente sumario adelantado por el delito de prevaricato contra el doctor Guillermo Rey Barrera, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en virtud de denuncia formulada por el doctor Julio Enrique Santos Forero el 14 de noviembre de 1960.

Antecedentes.

1º En la fecha de la referencia elevó el señor Santos Forero ante el Juez de Instrucción Criminal (repartimiento) la denuncia criminal contra el doctor Rey Barrera, Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, "por la comisión del delito de prevaricato y demás infracciones penales que se desprendan del relato que a continuación hago de los hechos que dieron motivo a dicha infracción".

Su relación es como sigue:

"1º Soy apoderado judicial de los señores Iván Luna Posada y José Luna Posada en la oposición al registro de la marca *Tampa* que cursa ante el Juzgado 4º Civil de este Circuito de Bogotá, mediante mandato que legalmente me fue conferido por tales señores. En ejercicio de ese poder procedí a formular la correspondiente demanda y a atender el negocio judicial confiado a mi cuidado. Dentro de mi actividad profesional hice la solicitud de pruebas correspondiente para defender los derechos que represento, conforme antes lo he dicho. A la prueba decretada y practicada del experticio pericial, formulé las correspondientes objeciones que consideré pertinentes para el caso y dentro del término de pruebas del incidente que debía tramitarse por razón de tales objeciones, solicité la práctica de una prueba de carácter técnico que, en mi concepto, es definitiva para resolver el asunto puesto bajo mi cuidado. Tal prueba se dirige a obtener de la Academia Colombiana de la Lengua un concepto sobre semántica castellana que los peritos no tuvieron para nada en cuenta y que es de carácter fundamental, para invalidar su dictamen. Con tal motivo el Juzgado del conocimiento decretó la prueba pedida y ordenó fuera librado *despacho comisorio* a la Academia, solicitándole absolver dicho concepto de carácter técnico. El auto que decretó la práctica de la prueba dicha

quedó en firme, después de corridos los términos legales correspondientes, después de su notificación. Por tal razón, dicho despacho comisorio se remitió a la Academia, por parte del Juzgado del conocimiento, entidad ésta que lo devolvió en virtud de tener ella establecidos con anterioridad requisitos de forma que debían acompañar a las solicitudes que se le hicieran y que tuvieran como finalidad dar conceptos de esta naturaleza. Devuelto dicho despacho al Juzgado, solicité al funcionario correspondiente (Juez 4º Civil del Circuito) se sirviera ordenar fuera librado el nuevo despacho comisorio a la Academia Colombiana de Historia (sic), por conducto del Ministerio de Justicia, y atendiendo las insinuaciones que la misma Academia hizo al Juzgado al devolver dicho despacho para así poder cumplir con su diligenciamiento. El Juzgado negó esta nueva solicitud y en lo que dice relación a la forma que exigía la Academia, alegando una razón absurda tal como era la de que se privaba a una de las partes de poder hacer valer sus puntos de vista ante dicha entidad. Como consideré ilegal la providencia proferida por el Juez del conocimiento, interpuse contra ella, en tiempo, el recurso de apelación para ante el honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, recurso éste que me fue concedido en el efecto suspensivo. Para dar cumplimiento al trámite del recurso de alzada fue enviado el expediente original al Tribunal donde suministré el papel para el reparto. En dicho repartimiento correspondió el conocimiento del recurso interpuesto al Magistrado que denuncio, doctor Guillermo Rey Barrera, a cuyo despacho pasó el día 23 de junio del año en curso, asumiendo el conocimiento del negocio y ordenando su fijación en lista. Con fecha 19 de julio de 1960 procedió a dictar providencia, que confirmó la apelada y dictada por el Juzgado 4º Civil, y condenando en costas al apelante. Nuevamente el día 27 de julio de 1960 el mismo Magistrado Rey Barrera, por medio de providencia, fijó las 'agencias en derecho', en contra de la parte que represento, esto es, la apelante, en la suma de $ 100.00 moneda corriente. Al corrérseme traslado de la liquidación de costas verificada por la Secretaría del Tribunal, procedí a objetar dicha liquidación en cuanto a las agencias en derecho respecta, pues sostuve no haber tenido ninguna actividad profesional el abogado de la parte favorecida, y como es lo cierto. Al entrar a conocer de mi memorial de objeciones, el Magistrado denunciado, doctor Rey Barrera, pronunció una providencia se negaba (sic) a resolver sobre la objeción formulada, declarándose impedido para conocer de ello, puesto que según él mismo lo confiesa en dicho auto *había encontrado a última hora* que el apoderado de la contraparte, doctor Antonio Abello Noguera, *tenía parentesco de afinidad en segundo grado con el honorable Magistrado y que, por tanto, se configuraba la causal de impedimento* de que trata el numeral 2º del artículo 435 del Código Judicial.

"2º Esto deja comprobado el elemento 'a sabiendas' de que trata el artículo 168 del Código Penal, al definir el delito de prevaricato. No es posible entender cómo todo un honorable Magistrado, al entrar a conocer sobre lo principal de la decisión que a él corresponde, no encuentre en el estudio completo que debe hacer la causal que le impedía conocer de él y sí venga a establecerla al resolver sobre lo meramente accesorio, como fue la objeción a las 'agencias en derecho' estimadas por él en favor de su pariente en segundo grado de afinidad. Es tan manifiesta la existencia de ese elemento 'a sabiendas' en el caso que me ocupa y cuya denuncia estoy formulando que lo configura el fallo mismo que él pronunció para resolver, pues lo contrario sería aceptar que falló sin estudiar el expediente, y esto constituye otro cargo igualmente grave, es decir, sería un prevaricato, pues falló por consideraciones extrañas al expediente, agravado por la denegación de justicia que ello mismo constituye..." (fls. 1 y vto.).

2º Abierta la investigación (auto de 23 de noviembre de 1960), el Juez comisionado practicó las diligencias tendientes a establecer la denunciada infracción, la calidad oficial del sindicado, e igualmente allegó al informativo copia de lo pertinente del juicio civil en el que actuó como Magistrado el doctor Rey Barrera.

3º Oído éste en declaración indagatoria explicó amplia y satisfactoriamente lo ocurrido, en orden a demostrar que cuando conoció del negocio subido al Tribunal en apelación, la providencia de fondo que dictó la profirió sin conocimiento de que una de las partes en el juicio estuviera representada por el doctor Antonio Abella Noguera, pariente por afinidad del Magistrado, doctor Rey Barrera, pues para fallar el incidente sólo tuvo que examinar el cuaderno correspondiente, y en el cual no obraba actuación o intervención alguna del doctor Abella Noguera. De otro lado, también de modo diáfano, el sindicado da cuenta de que al tener conocimiento del impedimento, por haber examinado otro de los cuadernos del juicio para resolver sobre las objeciones formuladas a la fijación de las agencias en derecho, procedió a manifestarlo (fls. 45 a 53).

Resulta de autos:

1º Acreditada la calidad de Magistrado del doctor Guillermo Rey Barrera con los documentos de rigor, y el hecho cierto de que en ejercicio de sus funciones actuó en el juicio a que se refiere el denunciante.

2º Establecido igualmente que el doctor Rey Barrera dictó las providencias a que alude la misma denuncia.

3º Aparte de estos aspectos puramente objetivos, el informativo no contiene medios probatorios indicativos de la comisión del delito de *prevaricato,* dado que a las imputaciones hechas por el denunciante de manera concreta se oponen las explicaciones del sindicado en su declaración indagatoria, no desvirtuadas, y de cuya veracidad no hay fundamento procesal para dudar.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo sobre el mérito del sumario, se pronuncia por un sobreseimiento definitivo por estar claramente demostrada la inocencia del doctor Guillermo Rey Barrera con respecto a los cargos imputados en la denuncia.

Luego de un cuidadoso examen de la conducta del Magistrado, el señor Procurador Delegado concluye así:

"... de todo lo expuesto, este Despacho opina que divorciada absolutamente está la conducta del procesado del 'dolo malo' de que hablaban los romanos al tratar del prevaricato; que es ajena a la misma conducta, así la astucia como el engaño o la maquinación 'al resolver el doctor Rey Barrera lo principal y abstenerse de resolver lo adjetivo', como dice el denunciante; que ninguna incorrección objetiva o subjetiva es posible encontrar en los dos autos que en el juicio de oposición al registro de la marca de fábrica 'Tampa' dictara el Magistrado denunciado; y que no existe en tales autos discordancia alguna entre el derecho declarado y el derecho conocido. De ahí por qué se descarta por la Procuraduría el elemento 'a sabiendas' del artículo 168 del Código Penal, y de ahí también que descartado ese elemento, por haberse probado que no tuvo intención el procesado al obrar como Magistrado de hacer pasar como derecho algo que positivamente sabía que no lo es (tal la esencia del prevaricato, según Sebastián Soler), más que lógico sea que el suscrito Procurador Delegado pida atentamente a la honorable Corte, como en efecto lo hace, que proceda a dar aplicación al artículo 437 del Código de Procedimiento Penal...".

Consideraciones de la Corte.

1ª Si el delito de prevaricato definido y sancionado en el artículo 168 del Código Penal exige para su estructuración jurídica en su forma de acción positiva que el agente obre *a sabiendas,* elemento que expresa de modo específico el dolo propio del ilícito; que la sentencia, resolución o dictamen del funcionario público sean contrarios a derecho, y a más de ilegales, "expresa o manifiestamente injustos", es de toda evidencia en este proceso que el sindicado no incurrió en el delito y que su conducta es en un todo ajena a cualquier violación de la ley penal por hechos contrarios a la administración pública.

2ª Además de no haber obrado *a sabiendas,* según se desprende de la actuación y en particular de la indagatoria, el doctor Rey Barrera en las providencias que dictó y que dieron fundamento para la acusación, se ajustó a la ley, y nada hay que autorice el aserto de que esas providencias fueron injustas, expresa o manifiestamente.

3ª Menos aparece de la investigación que hubiera proferido sus resoluciones judiciales "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros".

Ausentes todos los elementos integrantes de la infracción es obvio que el sumario tiene que terminar con sobreseimiento definitivo, no sólo por estar demostrada la inocencia del procesado, sino también en razón de que el hecho a que se refiere la investigación no se realizó (ordinales 1º y 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal).

DECISION:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con la opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *sobresee definitivamente* en favor del doctor Guillermo Rey Barrera, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por los cargos a que se refiere este sumario.

Cópiese, notifíquese y archívese. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

PRUEBAS TESTIMONIALES. — PARA QUE PROSPERE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION, HA REPETIDO LA CORTE, ES NECESARIO QUE EL DEMANDANTE DEMUESTRE QUE LOS HECHOS FUERON, DE MODO EVIDENTE, ERRONEA E INDEBIDAMENTE INTERPRETADOS POR EL FALLADOR

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el seis de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, por la cual le fue impuesta al procesado Hernando Serna Bermúdez la pena principal de veinte años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y robo.

El negocio se adelantó en las instancias mediante el trámite señalado en el Decreto extraordinario número 0012 de 1959, y en él profirió la sentencia de primer grado el Juzgado 4º Superior de Ibagué.

Hechos:

La Fiscalía del Tribunal Superior de Ibagué hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El día once de diciembre del año de 1959, a eso de las cinco de la tarde, llegaron a la casa de Félix Santiago González, ubicada en el punto 'El Oso', de la jurisdicción municipal de Rovira, cuatro individuos uniformados y debidamente armados, dizque con el fin de practicar una ronda en búsqueda de armas y aguardiente de contrabando. Los sedicientes agentes de la autoridad procedieron a apoderarse de numerosos bienes de propiedad del matrimonio González Oyuela, después de lo cual se retiraron llevándose al dueño de la casa consigo, no sin antes manifestar a su esposa que lo conducían para la Inspección de El Salitre, donde podría formular los reclamos a que el procedimiento de ellos diera lugar. Como el emisario enviado a la Inspección de El Salitre informara que de ahí no se había ordenado ninguna comisión para rondar la casa de González, ni tampoco para llevar a cabo su captura, comenzaron a tomar cuerpo las sospechas de que hubiera podido ser víctima de un grave atentado, creencia que tuvo desafortunada comprobación cuando, por informes de Luis Peña, el día veintiuno de los mismos mes y año se halló su cadáver, ya parcialmente devorado por los gallinazos, sobre la orilla izquierda del camino que conduce del sitio llamado 'El Suspiro' al denominado 'La Pulga' ".

Fundamentos de la sentencia impugnada.

Se dice en el fallo recurrido que la responsabilidad "se fue concretando un poco más en sujetos mejor identificados, gracias a las revelaciones hechas desde el día siguiente de los hechos por Hernando Serna Bermúdez a sus vecinos Rómulo Alvarez García, Hernando Rodríguez Medina, Ceferino Rodríguez Medina y Oliverio Bonilla. Después se vino a ubicar mejor y en forma más clara en el mismo Serna Bermúdez, William Aranguren, Heriberto o Gilberto Aranguren, 'El Coral', 'Cianuro' o 'Veneno' y 'Carabinero'. La sospecha que hubo desde un principio por los vecinos en contra de Hernando Serna Bermúdez tenía su fundamento en el hecho de que este sujeto hizo parte de una cuadrilla de bandoleros dirigida por 'Pimienta' y 'Peligro', en los sitios de La Herrera y Planadas...; sobre todo, llamó mucho la atención de los vecinos que concurrieron esa noche del desaparecimiento de Félix Eusebio González Bonilla a buscarlo, cómo Serna, al oír la narración de esos hechos, manifestó haber acabado de llegar de esos lados y nada

pudo observar por allá; más tarde demostró inconformidad con aquellas personas que se interesaban en localizar al señor González Bonilla; después optó por expresarse mal y amenazar a quienes seguían con el propósito de buscar a González, y, finalmente, relató a grandes rasgos lo acontecido a algunas personas que consideraba de su confianza, para entonces caer en las manos de la justicia y confesar en forma calificada los hechos.

"La intervención de Hernando Serna Bermúdez en estos delitos no escapa en el proceso, pues, de una parte, en este sujeto se encuentra ambiente suficiente para cometer actos de esa especie, pues precisamente los comunes en las cuadrillas que formaban los sediciosos eran el homicidio y el robo; por otra parte, su conducta observada de vago al regresar a la región desde hacía ocho meses no lo predisponía a otra cosa que a la de vivir a costa de los demás, sin interesarle los medios que se empleen, no pasando por alto la forma tan soberbia como se expresa de los asaltantes por no beneficiarlo con el producto del robo, y, en fin, la confesión que hace de haber asistido desde lejos y en forma oculta al asalto que se perpetró en casa de González Bonilla, fuera de que dio las indicaciones suficientes en la identificación del occiso".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público.

El señor apoderado del recurrente Serna Bermúdez invoca las causales cuarta y segunda de casación, así:

A. *Causal cuarta:*

Luego de transcribir el artículo 26 de la Constitución Nacional, manifiesta que el proceso es nulo, pues si bien a los sindicados William y Gilberto Aranguren se les designó defensor de oficio, su personero, doctor Alexander Salcedo, nada hizo en cumplimiento de sus deberes.

A lo anterior responde el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "pretender capitalizar esta circunstancia a favor de..." Serna Bermúdez..., "es inadmisible desde todo punto de vista, ya que éste sí tuvo todas las garantías constitucionales y legales establecidas a su favor, sin limitación alguna en ningún sentido".

B. *Causal segunda:*

Afirma el impugnante que el *ad quem*, "al aceptar como plena prueba de responsabilidad de mi defendido —como autor intelectual del reato en referencia— los testimonios de oídas que se dejaron enunciados atrás, atribuyéndoles, así, en la sentencia, un valor probatorio que no tienen, y, en cambio, negándole el valor probatorio de plena prueba que la confesión de mi patrocinado tiene, originó en esta forma el numeral 2º o causal de casación segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues en el presente caso ha debido dar aplicación a los artículos 203, 204 y 205 en concordancia con los artículos 224 y 255 de la misma obra. En esta forma, se impone que la honorable Corte proceda a declarar la invalidez de la sentencia recurrida y en su efecto, a absolver a mi patrocinado en los términos de esta demanda".

Con respecto al referido cargo, dice el señor Agente del Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"Indudablemente que en la demanda se intenta restarle valor y efecto a las llamadas declaraciones 'de oídas', lo cual no es acertado, porque el sentimiento público, el común decir de las gentes, la convicción general, etc., constituye un factor o elemento de juicio que no puede despreciarse, con más veras si se aúnan otros elementos probatorios suficientes para adquirir el convencimiento judicial que descarta como atendible el dicho del procesado con fundamento en que el artículo 255 del Código de Procedimiento penal, 'no consagra una presunción legal, de obligatorio respeto para el Juez; apenas se limita a permitir su valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica' testimonial.

"Y tal descarte es precisamente hecho en la sentencia del honorable Tribunal, como también lo efectúa, aun con mayor propiedad y minuciosidad, la de primera instancia, al examinar y confrontar o coordinar entre sí todas las pruebas que aparecen en el proceso, en realidad pruebas indiciarias, que las de mayor fuerza se desprenden del mismo dicho del procesado recurrente en sus diversas manifestaciones durante el curso del proceso, especialmente el relativo a haber presenciado el secuestro de la víctima, presumido su asesinato, y, sin embargo, haber permanecido indiferente y callado, y sólo pronunciarse con sus vecinos y amigos cuando empezó la búsqueda de la víctima, pero para oponerse a ella antes que cooperar.

"Y a lo anterior cabe agregar lo siguiente:

"Ocurre que en la demanda de que se trata, al recurrir su autor en favor de su representado, a la causal segunda, todo lo que hace es formular una serie de acusaciones al fallo recurrido que no recibe demostración alguna; que parte de suposiciones y conjeturas, y que, aun en el caso de que la hubiera recibido, no daría pie para

reconocer que el fallador, al apreciar las pruebas de autos, incurrió en un error protuberante o manifiesto, que si hubiera sido de tal condición, obligaría a la honorable Corte a subsanarlo.

"Vistas las cosas desde otro ángulo, se tiene que con las alegaciones hechas por el distinguido apoderado del procesado recurrente, se pretende oponer el criterio que aquel adopta al apreciar las probanzas del expediente, al criterio adoptado por el sentenciador. Oposición que es sencillamente inútil porque de ella no puede derivarse fruto o beneficio ante un Tribunal de Casación, ya que no se evidencia yerro grave o notable en el juicio elaborado por el *ad quem* al dictar sentencia, sino más bien, como ya se dijo, un acertado análisis de los hechos.

"Por consiguiente, no es el caso de que la honorable Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación que es, y no de instancia, se detenga a considerar una y otra de las razones expuestas en la demanda de que se habla".

Para resolver la Sala considera:

Ninguno de los motivos de casación aducidos por el demandante resulta probado, como pasa a demostrarse:

Primero. *Causal cuarta.*

Es evidente, como observa el señor personero del recurrente, que el doctor Alexander Salcedo, designado defensor de oficio de los procesados William y Gilberto Aranguren, nada hizo en el cumplimiento de su deber. En cambio, no sucedió lo mismo en cuanto al sindicado Hernando Serna Bermúdez, cuya defensa fue adelantada, con ejemplar diligencia, por su apoderado.

Es obvio, entonces, que en ninguna nulidad constitucional se ha incurrido en este proceso en lo que respecta al juzgamiento del recurrente, pues en todo momento ejercitó su derecho de defensa.

No prospera, en consecuencia, la causal cuarta de casación invocada.

Segundo. *Causal segunda.*

No incurrió el *ad quem,* como lo expresa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, en ese error manifiesto en la apreciación de las pruebas tomadas en cuenta para condenar a Hernando Serna Bermúdez.

En efecto, varios declarantes afirmaron haber oído del mismo Serna Bermúdez la aceptación de su responsabilidad en los delitos averiguados, así:

a) *Rómulo Alvarez Gracia* (f. 20 del Cd. principal) dice que Hernando Serna le refirió lo siguiente: "Nosotros lo matamos a Félix Santiago González, por sapo".

b) *Hernando Rodríguez Medina* (f. 22 ib.), al ser preguntado "si sabe quién o quiénes sean los autores...", contestó: "No señor, no sé. Pero yo considero que el autor de esa muerte es Hernando Serna, porque él me contó a mí cuando me dijo el día anterior de ser capturado en el punto de 'Las Casitas', cuando me dijo que no me asustara, que él era el que había hecho matar al finado Félix Santiago González, y por eso digo que éste es el responsable de esa muerte. Pues a mí me dijo que no fuera a decir nada a nadie porque me mataba o me mandaba a matar, y con ese temor yo no le he dicho nada a nadie, porque me mataba, sino hasta ahora que sé que se encuentra detenido".

c) *Ceferino Rodríguez Medina* (f. 23 ib.) expresa lo siguiente: "Yo me acosté, y ya había dormido, cuando llegaron nuevamente a mi casa y conocí a Hernando Serna; yo entreabrí la puerta, y me preguntó que qué más había sabido, y le contesté que la misma bola, y entonces me contestó él: 'No le dé miedo, que fui yo con los muchachos que lo matamos por sapo'. En seguida y como no me gustó lo que me dijo, yo cerré la puerta y Hernando Serna se fue otra vez y no supe para donde, ni qué rumbo cogió".

d) *Natalio Rodríguez* (fs. 25 a 26), quien hace vida marital con una hermana de Serna Bermúdez, dice que su hermano Ceferino Rodríguez le contó que el procesado recurrente le había dicho que él había dado muerte a Félix González.

Es cierto que Serna Bermúdez niega haber referido lo que estos testigos dicen. Mas de la declaración de aquél, la convicción del *ad quem* sobre la responsabilidad del recurrente no es equivocada, ni mucho menos implica ese yerro protuberante, único que justifica la invalidación del fallo con apoyo en la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Dice así en su primera indagatoria:

"Ellos...", los declarantes antes mencionados, "tienen que probarme a mí que yo hubiera dicho que yo era el que había ayudado a matar a don Félix. Mejor dicho, los Aranguren sacaron de la casa a don Félix, lo sacaron William y Gilberto y 'Coral', 'Veneno' y 'Carabinero'; yo supe que lo habían sacado esa misma noche, esto lo supe yo entre las siete y las ocho de la noche; yo, mejor dicho, en una cañada fue que los esperé; la cañada queda del morro. Ellos llevaron a don Félix a donde yo estaba esperándolos, o sea en la cañada, donde llegaron como a las siete

de la noche; lo llevaban amarrado de las manos y adelante, con un lazo. Luego yo les dije que era mejor que dejáramos ese hombre, que era muy bueno conmigo, y William Aranguren me dijo: no sea güebón; ese hombre es muy sapo y muy amangualado con los godos. Entonces yo les dije: entonces ustedes verán. De ahí nos seguimos para abajo, para 'El Suspiro'. Yo me subí a dormir donde Natalio Rodríguez y ellos se siguieron el camino con don Félix... El viejito no decía nada, y hasta en presencia de él dije que no lo mataran porque era muy bueno. Esos hijueputas no me dieron a mí ni cinco centavos; ellos no me contaron a mí que habían robado; yo supe fue después; lo que sí les vi fue que 'El Carabinero' llevaba una escopeta de cápsula, calibre veintiocho, que era del finado''.

Más adelante, a una pregunta del instructor, dice que ''los Aranguren y demás compañeros me convidaron que fuera con ellos a la casa de don Félix. Claro está que ellos era para matarlo, pero ellos no me dijeron a mí a qué iban, y cuando ya lo cogieron, me dijeron que me aguantara, que me iban a dar parte de esa vaina, porque iban a matar a don Félix. Fue cuando les dije que yo no iba por allá, y me dijeron que los esperara, y yo los esperé a ver qué pasaba''.

De lo transcrito, es obvio que al deducir responsabilidad penal contra Hernando Serna Bermúdez en los delitos averiguados, ningún error cometió el Tribunal Superior de Ibagué, y mucho menos ese yerro protuberante que exige, para su éxito, la causal segunda de casación.

En diferentes providencias ha dicho esta Sala que la causal prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal requiere, para que prospere, que ''el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea e indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error, y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable la violación indirecta de la ley''.

En el fallo acusado, el *ad quem,* dentro de su prudente arbitrio, formó su convencimiento sobre la responsabilidad penal del recurrente, con base en los testimonios aludidos y en las manifestaciones del procesado Serna Bermúdez.

No prospera, por tanto, 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 1º Delegado en lo Penal, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DOBLE DELITO DE ROBO. — CAUSALES PRIMERA, SEGUNDA Y QUINTA DE CASACION PENAL

1. La causal 1ª de casación, como reiteradamente lo ha señalado la Corte, se contrae, única y exclusivamente, a la violación de las normas sustantivas de la ley penal, entendiéndose por tales las que determinan los delitos y fijan las sanciones, violación que sólo cabe demostrar mediante un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir debate alguno probatorio, y entonces, como en el caso de autos, en una y otra de las demandas la disposición que se enseña, en la condición de violada, es la contenida en el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, la cual se vincula estrecha e inexorablemente a la apreciación de la prueba, fenómeno que es el que discuten los recurrentes, lógica y fácilmente se comprende que la predicha causal 1ª estuvo mal invocada y que, por lo tanto, no puede prosperar.

2. La invocación de la causal 2ª de casación, como también reiteradamente lo ha recalcado la jurisprudencia de la Corte, "implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso", precisamente porque sólo por ese medio es dable demostrar el error en que se haya podido incurrir, dentro del fallo acusado, al apreciarlos.

3. Con apoyo en la causal 5ª de casación "se ataca la sentencia por defecto de motivación, que es vicio formal", la cual sólo puede invalidarse, conforme a la expresada causal, cuando en ella "no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor, para luego deducirle responsabilidad", situación que, evidentemente, no se confronta respecto de la sentencia acusada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 15 de junio de 1955, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, condenó a Arturo Tovar y a Luis Santiago Guerrero, al lado de otros, en el carácter de responsables del doble delito de robo, a la pena de 18 años de presidio cada uno y correspondientes accesorias.

Hechos y actuación.

La noche del 15 de enero de 1954, el señor Eduardo Plata Rivas dejó estacionada una camioneta de su propiedad, avaluada en $ 3.000.00, marca Chevrolet, modelo 1950, en la carrera 27, frente a la casa número 63-A-47 de esta ciudad, circunstancia que aprovecharon los ladrones para apoderarse de ella mediante la violación, con el concurso de la fuerza, de las seguridades que son comunes a esa clase de vehículos, la cual llevaron a Tunja para emplearla, la madrugada del 19 del mismo mes, en un asalto al almacén del señor Eurípides Laverde, ubicado en la calle 6ª, números 4-69 y 4-61, de aquella ciudad, lugar a donde penetraron, rompiendo las cerraduras de las puertas de entrada, para sacarse mercancías de diverso género por un valor, según avalúo de ellas, de $ 28.203.00, las que luego trasladaron, en la expresada camioneta, a una casa que habían arrendado con antelación.

De estos hechos conoció el Juzgado Segundo Superior de Tunja, el cual, entendiéndolos como constitutivos del delito de hurto, en relación con la camioneta, y de robo con respecto a las mercancías, mediante sentencia del 10 de marzo de 1955, proferida con arreglo a los trámites de la Ley 48 de 1936, condenó, junto con otros, a Luis Santiago Guerrero, como responsable de los dos ilícitos, a la pena de siete años de prisión y accesorias del caso, y a Arturo Tovar, como responsable sólo del hurto, a la de siete años y medio

de prisión y accesorias del caso, fallo que el Tribunal de la predicha ciudad reformó en el suyo del 15 de junio del mismo año para dar el carácter de robo a uno y otro de los delitos, condenando, en razón de ellos, a ambos procesados a la pena de diez y ocho años de presidio y consiguientes accesorias.

Las demandas de casación.

Los procesados Arturo Tovar y Luis Santiago Guerrero, en sus respectivas demandas, presentadas por conducto de un mismo apoderado, invocan como causales de casación, solicitando que se estudien, en el orden en que se enuncian, las previstas en los ordinales 1º, 2º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se fundamentan, por separado, en uno y otro de los dos libelos de impugnación en forma que, en el fondo, resulta igual.

Causal primera.

Con apoyo en esta causal se pretende, en ambas demandas, que en la sentencia acusada, "por indebida aplicación", se violó el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, tesis que se trata luego de fundamentar, en uno y otro de los dos libelos, mediante un rápido examen, sometido a estrictas apreciaciones personales, de los elementos en que se apoya el expresado fallo, a efecto de estimar comprobados, en la medida exigida por aquella disposición, los factores, de orden objetivo y subjetivo, indispensables para proferir, respecto de cualquier procesado, sentencia condenatoria.

Respuesta:

La causal 1ª de casación, como reiteradamente lo ha señalado la Corte, se contrae, única y exclusivamente, a la violación de las normas sustantivas de la ley penal, entendiéndose por tales las que determinan los delitos y fijan las sanciones, violación que sólo cabe demostrar mediante un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir debate alguno probatorio, y entonces, como en el caso de autos, en una y otra de las demandas, la disposición que se enseña, en la condición de violada, es la contenida en el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, la cual se vincula, estrecha e inexorablemente, a la apreciación de la prueba, fenómeno que es el que discuten los recurrentes, lógica y fácilmente se comprende que la predicha causal 1ª estuvo mal invocada y que, por lo tanto, no puede prosperar.

Causal segunda.

Al amparo de esta causal se pretende, en la demanda de Arturo Tovar, que en la sentencia acusada se dio al informe de los detectives que intervinieron al iniciarse la investigación, "por errada apreciación", un valor probatorio de que carece, y de ese modo se vino a condenar al predicho sujeto sin prueba de "que él hubiese intervenido" en los delitos a que se contrae el proceso, tesis para cuya demostración lo único que se argumenta es, en rigor, lo siguiente:

"Se ha dado al informe de los detectives una apreciación probatoria que no tiene, y además se ha condenado a mi mandante por dos delitos: por el de Tunja y por el de Bogotá, y ni hay prueba que él hubiese intervenido en el hurto o robo de la camioneta, pues primero se condenó por hurto y después por robo, ni ninguno de los que deponen en Bogotá acusan a Arturo Tovar de hechos ocurridos en el taller de Alfredo Ortiz, y para ello me remito a las pruebas que sobre la investigación de Bogotá obran en el cuaderno segundo.

"Allí en ese cuaderno segundo rinde indagatoria Santiago Guerrero, declaran Alfredo Ortiz, propietario del taller donde se llevó la camioneta, y Jorge Emilio Rincón, y concatenadas estas pruebas ninguna establece relación y nexo con Arturo Tovar Rozo.

"Está, pues, claramente establecido que hay una errada apreciación de los hechos en relación con la camioneta para poder establecer que Arturo Tovar es responsable de este hecho".

. . . . . .

"Los simples testimonios de los informes policíacos no son prueba real para que se les pueda atribuír valor probatorio, ya que de él carecen, y la sentencia está montada en forma de estimación errónea de los hechos".

En la demanda del procesado Guerrero se afirma que respecto de este sujeto, en la sentencia impugnada se incurrió en "errada apreciación de los hechos", parecer al que se agrega la solicitud de que se "examine la declaración de Jorge Emilio Rincón", la que, en sentir del recurrente, ofrece contradicciones "notables y significativas", para luego, sin ocuparse de demostración alguna, concluír así:

"No hay, pues, plena prueba ni valoración de hechos en forma justa sobre la responsabilidad de mi representado Guerrero en la comisión de los hechos investigados, y ello es suficiente para que de conformidad con los claros y terminantes mandatos de la ley se case la sentencia sobre la cual alego.

"Guerrero fue siempre una persona honorable, de ejemplar conducta, hijo de un campesino dignísimo, el cual le había puesto a su hijo un camión para el transporte, y Guerrero no tenía necesidad de encontrarse con gente de curva delincuencial sobre hechos delictuosos.

"Está establecido que se averiguaron unos hechos y que no se llegó a ninguna satisfacción de prueba judicial, es un expediente lleno de dudas, que se han valorado en contra de los detenidos y hoy condenados, y, en consecuencia, se interpusieron y apreciaron los hechos a través de informes que servían para antecedente investigativo, pero que se hipertrofiaron elevándolos a un valor probatorio que no tienen y, por tanto, debe prosperar la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

Respuesta:

La invocación de la causal 2ª de casación, como también reiteradamente lo ha recalcado la jurisprudencia de la Corte, "implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso", precisamente porque sólo por ese medio es dable demostrar el error en que se haya podido incurrir, dentro del fallo acusado, al apreciarlos, estudio que, en el evento de autos y en relación con las dos demandas, ni siquiera se intentó, ya que todo se redujo, según puede observarse en las transcripciones que se hicieron, a formular un simple parecer en torno al informe de los detectives que intervinieron en la investigación, complementado con una escueta alusión a contradicciones, "notables y significativas", en uno de los testimonios contra el procesado Guerrero, parecer del que luego se pasa a plantear, no conclusiones en sentido estricto, sino enunciados ayunos en un todo de cualquier razón o argumento que los justifique.

En estos términos, la causal de casación que se comenta no puede prosperar con respecto a ninguno de los dos procesados recurrentes, particularmente si, además, se tiene en cuenta lo siguiente que se copia del concepto del señor Procurador:

"Para considerar que carecen de fundamento las afirmaciones hechas por el señor demandante al tratar de esta causal y referibles al valor probatorio de los informes rendidos por los detectives que actuaron al iniciarse la investigación de los dos delitos de robo materia de este proceso, a la Procuraduría le basta simplemente remitirse al estudio que se hace en las sentencias de primero y segundo grado de esos informes y de las piezas producidas por los Agentes de la Policía uniformada que con los detectives colaboraron.

"Téngase en cuenta, además, que en ambas instancias, por los juzgadores se destacaron diferentes circunstancias indiciarias a cargo del imputado Tovar Rozo, tales como su mala conducta anterior, sus inverosímiles explicaciones, etc., las cuales contribuyeron a formar en ellos su convencimiento legal-moral, razonado y lógico, que los llevó a impartir la condena proferida contra el procesado.

"Es cierto, sí, que el de primera instancia no lo condenó (aunque tampoco lo absolvió expresamente en la parte resolutiva de la sentencia), en lo referente al robo de la camioneta, simplemente porque, por defecto de investigación, no se allegaron al proceso copias de las sentencias proferidas en su contra y de que tratan las hojas prontuariales visibles a folios 14 y 89 del cuaderno número primero, para así constituír una prueba de la condición exigida por el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, cuando en poder de sujetos de antecedentes delictivos contra la propiedad, se encuentran objetos hurtados o robados.

"Pero el honorable Tribunal Superior vio las cosas de otra manera, porque consideró que la condena por el robo efectuado en la ciudad de Tunja suplía debidamente la deficiencia anotada por el inferior, ya que la prueba para este segundo delito la estimaba plena y completa, y que 'este hecho indica la preparación del delito, la división del trabajo en mismo'.

"Pudiera censurarse la sentencia del honorable Tribunal por la no muy valiosa calidad de su argumentación en cuanto a este punto, vale decir, por su expresión y redacción que deja mucho qué desear. Mas, sin embargo, lo fundamental de la misma, es decir, la aplicación del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, con base en la condenación por el robo del almacén Laverde, y lo relativo al robo de la camioneta, resultan cosas acertadas y claramente legales".

Causal quinta.

Respecto de la invocación de esta causal, lo único que se expresa, en uno y otro de los dos libelos de impugnación, con la sustitución simple de nombres, es exacta y textualmente lo siguiente:

"Se da ésta cuando en la sentencia no se expresa claramente hechos que están probados en la instructiva, y, por tanto, también la someto

a la consideración del honorable Magistrado, pues los hechos que se dan en el fallo son hechos sin respaldo probatorio sobre imputación en la persona de Arturo Tovar Rozo, y, en consecuencia, también hay violación de la ley penal, y considero que a este efecto, y sin hacer más largo este memorial de alegato, debe de estudiarse a la luz esta causal, en cuanto a mi defendido Arturo Tovar Rozo''.

Respuesta:

Con apoyo en la causal 5ª de casación, ''se ataca la sentencia por defecto de motivación, que es vicio formal'', la cual sólo puede invalidarse, conforme a la expresada causal, cuando en ella ''no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor, para luego deducirle responsabilidad'', situación que, evidentemente, no se confronta respecto de la sentencia acusada, como lo demuestra con creces su simple lectura.

En virtud 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 que interpusieron los procesados Arturo Tovar Rozo y Luis Santiago Guerrero contra la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ESTUPRO

Carácter fraudulento de la promesa de matrimonio en el delito de estupro. — Error en la interpretación de los hechos y en la apreciación de las pruebas que los acreditan. — Causales 2ª y 1ª de casación.

1. En el delito de estupro, la promesa de matrimonio, en su específico carácter de medio de seducción para conseguir la entrega sexual de la mujer, debe ser fraudulenta, precisamente porque es allí donde se encuentra el dolo propio de aquella figura delictuosa.

2. En presencia de hechos rigurosa y claramente comprobados en el proceso, apenas es obvio concluír en que sólo por un grave error en la interpretación de ellos y en la apreciación de las pruebas que los acreditan, dentro de la sentencia acusada, pudo deducirse que la promesa de matrimonio que precedió a las relaciones sexuales del acusado con la joven novia, revistió el carácter de fraudulenta y que, por ende, aquel sujeto incurrió en el delito de estupro.

En estos términos, como de suyo se comprende, la causal 2ª de casación debe prosperar y, como consecuencia, también la 1ª, ya que al no configurarse el delito en cuestión, lógicamente se aplicó indebidamente el artículo 319 del Código Penal, todo lo cual significa que el fallo impugnado debe casarse, para en su lugar dictar el que haya de reemplazarlo, conforme lo dispone el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, el que, desde luego, tendrá que ser absolutorio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja contra la sentencia del 26 de abril del año pasado, por medio de la cual la expresada entidad condenó a Juan de Jesús Martínez Mondragón, como responsable del delito de estupro, consumado en la joven Ana Clara del Carmen Sánchez López, a la pena de "diez y ocho (18) meses de prisión" y correspondientes accesorias.

Hechos y actuación.

En los comienzos del segundo semestre de 1957 Juan de Jesús Martínez, a la sazón de unos 33 años, y Ana Clara del Carmen Sánchez, para entonces de 17 años, al conocerse en la fracción rural de "Cuariavaca Arriba", en el Municipio de Almeida, entraron en relaciones amorosas, las cuales se tradujeron, avanzados algunos meses, en la práctica del acceso carnal, llevado a cabo, por primera vez, según las referencias de la joven, "una noche de los últimos días de octubre" de aquel año, ya cuando los dos amantes, al parecer, se habían prometido en matrimonio y, a ese efecto, el novio había hablado con el padre de la novia, acceso carnal que, reiterado a través de algún tiempo, determinó el embarazo de la muchacha, situación en la que, con fecha 9 de abril de 1958, se formuló la denuncia que dio origen al proceso.

El Juzgado Penal del Circuito de Guateque, en la calificación del sumario en torno a los referidos hechos, llevada a cabo en auto del 28 de noviembre de 1958, sobreseyó, de manera temporal, a favor del predicho Martínez, determinación que el Tribunal de Tunja, contra el concepto Fiscal, revocó en su providencia del 5 de octubre de 1959, para en su lugar llamar a juicio, en orden al delito de estupro, al expresado sujeto.

Surtidos los trámites del juicio y celebrada la respectiva audiencia pública, el Juzgado, a cargo de un nuevo titular, mediante sentencia del 4 de mayo de 1960, absolvió, en razón del delito imputado, al procesado Martínez, fallo que el Tribunal, también contra el parecer del Ministerio Público, servido por funcionario distinto al que intervino en la calificación del sumario, revocó en el suyo del 26 de abril del año pasado, para en su lugar condenar al acusado, "como autor responsable del delito de estupro", a la pena de "diez y ocho (18) meses de prisión" y accesorias del caso.

Demanda de casación.

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el señor Fiscal recurrente invoca, en primer lugar, la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada sólo puede ser condenatoria porque en ella se dieron "por probados hechos que no lo están suficientemente", prescindiéndose, en cambio, de otros "que están probados plenamente", tesis que procede luego a demostrar mediante un amplio análisis del acervo probatorio que ofrece el proceso, particularmente en torno a la promesa de matrimonio que se atribuye al procesado como base esencial para su condenación por el delito de estupro, el cual concluye así:

"Las repetidas promesas de cumplir con la obligación de casarse que hizo llegar a los autos Martínez, la última de las cuales es de noviembre de 1958, no fueron apreciadas en todo su valor por el honorable Tribunal, porque ellas significan que la posibilidad de cumplir, por parte del incriminado, no estaba agotada. Por el contrario, estaba vigente. Entonces, antes de la sentencia de primer grado, Martínez expresó inequívocamente su voluntad de contraer matrimonio, y no hay atestación alguna de que a la cárcel donde estaba hubieran llegado los denunciantes o se les hubiera hecho llegar para nuevamente examinar si la unión era imposible.

"Seguramente el Juez no consideró necesario intentar nuevamente que la mujer accediera a casarse, en vista de que ante él se negó perentoriamente. De manera que ella, y su padre, no prestaron tampoco la colaboración necesaria para producir un acto —el matrimonio— que exonerara de pena a Martínez. En esas condiciones la justicia no puede dejar en manos de los denunciantes la suerte de un hombre".

En segundo lugar, el recurrente invoca el motivo de impugnación previsto en el ordinal 1º del artículo 567 del predicho Código de Procedimiento Penal, y con su apoyo sostiene que, "como consecuencia de la errada apreciación de las pruebas" a que se refirió en la fundamentación de la causal 2ª, en el fallo acusado se incurrió, "por indebida aplicación", en la violación del artículo 319 del Código Penal.

Para resolver se considera:

En el delito de estupro, la promesa de matrimonio, en su específico carácter de medio de seducción para conseguir la entrega sexual de la mujer, debe ser fraudulenta, precisamente porque es allí donde se encuentra el dolo propio de aquella figura delictuosa, condición que, en el caso de autos y tal como lo sostiene el recurrente, no aparece comprobada, de acuerdo con lo que pasa a verificarse, siguiendo los términos de la impugnación.

Surtida la promesa matrimonial y solemnizada ante los progenitores de la joven novia, los dos amantes convinieron en casarse, conforme a los datos de la denuncia, en el mes de enero de 1958, pero luego, mediante un nuevo acuerdo, al que prestó su anuencia el padre de la prometida, resolvieron que el enlace se llevara a cabo en la "pascua de Semana Santa", es decir, en abril del mismo citado año.

En estas circunstancias, todavía sin que hubiera expirado el plazo para la celebración del matrimonio, el procesado Martínez se ausentó de "Cuariavaca Arriba" para trabajar en las minas de "Chivor", hecho que la familia Sánchez interpretó en el sentido de que aquél escapaba a su compromiso matrimonial, y entonces, impulsados por esa creencia, la joven comprometida y su padre, con fecha 9 del expresado abril, formularon la denuncia que dio origen a la investigación.

Al cabo de un mes Martínez regresó a "Cuariavaca Arriba" dispuesto a cumplir, sin ninguna dilación, su promesa, y a ese efecto solicitó del Párroco de Almeida que lo casara, pero éste se negó a hacerlo, hecho que aparece debidamente acreditado con el testimonio de la señorita Lucila Perilla, quien, contra lo que se supone en la sentencia acusada, no es una "muchacha del servicio", sino una institutora que accidentalmente se encontraba en la Casa Cural y, en esa suerte, se dio cuenta de lo que allí ocurrió con respecto a las pretensiones matrimoniales de Martínez. Dice así la testigo:

"... un día después de pasada la Semana Santa en Almeida, estando yo en el Despacho Parroquial de Almeida, llegaron allí el señor Juan de Jesús Martínez Mondragón y Ana Clara Sánchez, quienes le dijeron al Padre Carlos Restrepo, Párroco de allí, que si ahora sí resolvía casarlos, pero el Padre demostró mala voluntad, diciendo que no lo casaba..., le dijo a éste que hasta que no cancelaran el denuncio que contra él habían dado, es decir, contra Juan Martínez..., el Padre además le dijo que no lo casaba porque veía que ese matrimonio no era voluntario de los dos contrayentes, que parecía que era obligado Juan a casarse...; tuvieron una discusión dura, para quedar en definitiva que no lo casaba con la tal Clara Sánchez".

No obstante esta actitud del Párroco, Martínez persistió en su propósito de casarse, y en ese objetivo, por conducto de su apoderado, solicitó la intervención del Juzgado, el cual hizo comparecer a la joven Sánchez y a su padre para enterarlos de los deseos de aquél, con el resultado, consignado en un acta, de que la primera manifestó no estar dispuesta a casarse ni el segundo a consentir el enlace de su hija.

El procesado, contra lo que fuera de esperarse, no se doblega ante esa oposición a su matrimonio, primero del Párroco y luego de su novia y del padre de la misma, sino que insiste, y es así como se dirige de nuevo al Juzgado, no ya por medio de su apoderado, sino por sí mismo, conforme a memorial escrito de su puño y letra, para recabar en que "estoy resuelto a casarme".

En presencia de estos hechos, rigurosa y claramente comprobados en el proceso, apenas es obvio concluír en que sólo por un grave error en la interpretación de ellos y en la apreciación de las pruebas que los acreditan, dentro de la sentencia acusada, pudo deducirse que la promesa de matrimonio que precedió a las relaciones sexuales del acusado Martínez con la joven Ana Clara Sánchez, revistió el carácter de fraudulenta y que, por ende, aquel sujeto incurrió en el delito de estupro.

En estos términos, como de suyo se comprende, la causal 2ª de casación debe prosperar y, como consecuencia, también la 1ª, ya que al no configurarse el delito en cuestión, lógicamente se aplicó indebidamente el artículo 319 del Código Penal, todo lo cual significa que el fallo impugnado debe casarse, para en su lugar dictar el que haya de reemplazarlo, conforme lo dispone el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, el que, desde luego, tendrá que ser absolutorio.

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, *casa* el fallo materia de estudio, y en su lugar *absuelve* al sindicado Juan de Jesús Martínez Mondragón, en razón del delito de estupro, porque se le llamó a juicio y se le juzgó en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

TECNICA DE CASACION. — INACEPTABLE Y ABSURDO PLANTEAMIENTO JURIDICO DEL APODERADO

De acuerdo con las normas que regulan el recurso de casación, compete al demandante la demostración de los cargos. — La errada o indebida apreciación de los hechos, como causal para invalidar la sentencia, necesita demostración, en forma que surja evidente el error del fallador. — Causales 2ª, 1ª y 4ª de casación.

1. El solo enunciado por el demandante de que hubo indebida aplicación de la ley (error de derecho), en razón de que el sentenciador no apreció acertadamente la prueba (error de hecho), aunque haga presumible que pretendió fincar la impugnación de las causales 1ª y 2ª de casación, no permite a la Corte considerar los cargos, pues es necesario, dentro de la técnica de este recurso, demostrarlos.

2. El demandante al invocar la causal segunda como principal, y la primera y cuarta como subsidiarias, parte del principio de que objetiva o materialmente no se estableció el cuerpo del delito, y en este sentido critica la prueba ameritada por el Tribunal.

En este esfuerzo y a través de la causal segunda, la acusación contra el fallo es un simple alegato de instancia orientado a poner en duda el valor de algunos de los elementos probatorios, fragmentariamente tomados por el impugnador, pero cuidándose de hacer referencia a otros medios de convicción tenidos en cuenta por el Tribunal para revocar la sentencia de instancia.

La temeraria acusación, formulada por el apoderado, contra una persona no vinculada al proceso como sujeto pasivo de la acción penal, mal podría ser argumento respetable para respaldar la causal segunda de casación. Además, aparte de no tener atinencia jurídica, choca contra la verdad de los hechos establecidos en la actuación.

Como el señor apoderado omitió en su demanda hacer la relación de los hechos y dar cuenta de la manera como los procesados prepararon el delito con mucha antelación para fingir una especie de atraco del portador de las esmeraldas, es apenas natural que no se detenga a examinar las indagatorias de los responsables, ni a confrontar sus confesiones con la prueba del cuerpo del delito, cuyo análisis es completo en la sentencia del Tribunal.

No tiene obligación la Corte de entrar en un estudio al respecto, pues compete al demandante, de acuerdo con las normas que regulan el recurso de casación la demostración de los cargos.

En plano de suposiciones no es posible debatir la casación y menos a través de la causal segunda. Constante ha sido la doctrina de la Corte, de que la errada o indebida apreciación de los hechos, como causal para invalidar la sentencia, necesita demostración, en tal forma que surja evidente el error del fallador. El simple criterio del demandante, no fundado, en cuanto al alcance o significación de una o más pruebas, no pasa de ser una simple opinión. Además cuando se recurre a la causal segunda de casación, el demandante no puede limitarse a un examen parcial de los elementos de juicio, máxime si esos elementos de juicio versan sobre el punto a que el cargo se contrae.

La causal primera, invocada como consecuente de la segunda, no demostrada ésta, sería superfluo considerarla.

3. En cuanto a la causal cuarta, suficiente es observar que la pretendida nulidad, consistente en haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica del delito, derivaría de aceptar como verdad inconcusa que quien tomó para sí las esmeraldas fue el señor N. para atribuírle, sin que haya habido proceso contra él, la comisión de un abuso de confianza, lo que a más de ser jurídicamente inaceptable es un absurdo planteamiento del señor apoderado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

Procede la Corte, cumplidos los trámites de rigor, a decidir del recurso de casación interpuesto por el acusado Camilo Montaña Mahecha y por el doctor Jorge Hernández Carrillo, como defensor de Eudaldo Martín Martín, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de abril del año próximo pasado, en la cual fueron condenados por el delito de hurto a la pena principal de 15 meses de prisión y a las sanciones accesorias pertinentes.

El fallo recurrido, que comprende la condenación de otras personas comprometidas en el mismo ilícito, revocó el dictado por el Juzgado Noveno Superior el 8 de agosto de 1961, de carácter absolutorio.

Hechos.

La Sala acoge, como lo hace el Tribunal, la versión contenida en la sentencia de primer grado:

"El día viernes doce de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y ocho se reunieron en las minas de San Juan, dentro de la jurisdicción municipal de Gachalá, los señores Isaías Garzón, Marcos García, Julio Ochoa y Carlos Antonio Salas, el primero como socio Administrador de las minas, y como Interventor del Ministerio de Minas el doctor Ochoa, y con el objeto de empacar las gemas (esmeraldas) obtenidas en la explotación en los últimos días. Obtenido lo anterior, procedieron a redactar el acta respectiva, y luego a empacar las gemas, una vez clasificadas. Tales piedras preciosas debían ser entregadas por el señor Isaías Garzón, en colaboración con el Interventor del Ministerio de Minas, el día 15 del mismo mes y año. El día doce salieron los antes nombrados señores, en compañía de peones y trabajadores de la mina, en número aproximado de quince personas, hacia la población de Gachalá, allí pernoctaron. El día sábado 13 de septiembre aproximadamente a las cinco y media partieron Garzón, llevando en una maleta posiblemente las esmeraldas, y los señores García, Salas y Ochoa. Los antedichos señores ese mismo día partieron para Bogotá, mientras el señor Garzón pernoctó hasta el día lunes 15 de septiembre, en que en la madrugada viajó a Bogotá acompañado por sus guardaespaldas Justiniano Silva y José Suárez Bustos. Llegaron a la capital aproximadamente a las nueve de la mañana, apeándose del bus en la calle 20 con la Avenida Caracas, donde tomaron un taxi para que los condujera al Hotel Holanda, hotelucho ubicado en la calle 12 entre carreras 9ª y 10ª de esta ciudad. Esperaban al señor Garzón los señores Ochoa y Carlos Hernández. Luego de tomar el desayuno, el señor Garzón llamó a su guardaespaldas Justiniano Silva y le entregó un talego para que lo portara hacia el Ministerio de Minas, advirtiéndole que lo acompañarían él, Isaías Garzón, el doctor Ochoa y su otro guardaespaldas, José Suárez. En la calle 12 con carrera 9ª se hizo lustrar los zapatos el señor Isaías Garzón, dirigiéndose luego todos hacia el Ministerio de Minas. Al entrar al Edificio Santo Domingo, donde está ubicado el Ministerio de Minas, en forma violenta y angustiada el señor Justiniano Silva anunció a gritos de que le acababan de arrebatar el talego que al parecer contenía esmeraldas avaluadas por más de $ 255.000. Manifestó Silva que fueron dos sujetos los que le arrebataron el talego. No se hizo ningún intento inmediato, a pesar de ir armados, de perseguir a los presuntos asaltantes. Horas más tarde, el mismo Justiniano Silva presentó el correspondiente denuncio en las dependencias del Servicio de Inteligencia Colombiano y en el Servicio del Juzgado Permanente Central. El señor Isaías Garzón, por su parte, también formuló el denuncio correspondiente. Denuncios sobre los cuales nació esta investigación penal...".

Demandas de casación.

Dos fueron las presentadas: la primera por el doctor Marco Barbosa Velásquez en representación del acusado Camilo Montaña Mahecha, y la segunda por el doctor Jorge Hernández Carrillo, apoderado de Eudaldo Martín Martín.

Por lo que respecta a la impugnación formulada a nombre de Montaña Mahecha y que aparece en el breve escrito visible a folios 5 y 6 del cuaderno de la Corte, nada tiene la Sala que estudiar, porque el demandante, con evidente olvido de los requisitos impuestos por el artículo 531 del Código Judicial, se limitó a afirmar, gratuitamente y sin invocar siquiera la causal de casación, que la sentencia del Tribunal es "violatoria de la ley penal, concretamente en el caso del artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, en concordancia con el Decreto 2184 de 1951", vio-

lación que "ocurrió por indebida aplicación de esas normas, a consecuencia de errada apreciación de los hechos tendientes a demostrar el elemento objetivo o cuerpo del delito de hurto".

El solo enunciado por el demandante de que hubo indebida aplicación de la ley (error de derecho), en razón de que el sentenciador no apreció acertadamente la prueba (error de hecho), aunque haga presumible que pretendió fincar la impugnación en las causales 1ª y 2ª de casación, no permite a la Corte considerar los cargos, pues es necesario, dentro de la técnica de este recurso, demostrarlos.

Por ello, para desechar el recurso, a más de lo expuesto, la Sala hace suyas las siguientes juiciosas consideraciones de su colaborador Fiscal:

"El brevísimo escrito que aparece firmado por el apoderado del acusado Montaña Mahecha, ciertamente que no es posible llamarlo demanda de casación, porque con él no se cumple con uno solo siquiera de los requisitos exigidos por el artículo 531 del Código Judicial.

"Ausente está de tal escrito la técnica propia del recurso de casación.

"En efecto, ni siquiera se dice en él cuál es la causal o causales en que se apoya el apoderado recurrente para reclamar la infirmación del fallo del *ad quem* y la consiguiente absolución de su patrocinado. Tampoco se hace un resumen de los hechos que precisamente puedan ser, en opinión del actor, motivo o materia de la controversia que se intenta plantear ante la honorable Corte. Al respecto, apenas se observa en el cuestionado escrito que en autos se afirma 'que el día 15 de diciembre de 1958 el señor Isaías Garzón entregó en Bogotá, a Justiniano Silva, un paquete conteniendo esmeraldas por valor aproximado de $ 255.000.00, para que éste lo condujera hasta el Ministerio de Minas, y que antes de llegar a su destino entregó la encomienda a Camilo Montaña para apropiárselas, cometiendo en esta forma un delito de hurto'.

"Y al formular la acusación al fallo, el señor demandante, doctor Barbosa Velásquez, contrariando el carácter formalista del recurso que intenta sustentar, se limita únicamente a hacer una serie de afirmaciones o cargos, que bien pueden calificarse de gratuitos porque no reciben demostración alguna en la mal llamada demanda. Por lo mismo, esos cargos, así hechos, no merecen consideración o estudio alguno por parte de la honorable Corte, ya que en el escrito de que se trata no se expresa la causal a que se recurre, y mucho menos se indican 'en forma clara y precisa' (como lo pide el mentado artículo 531) los fundamentos que puedan existir para acusar la sentencia...".

La segunda demanda fue formulada por el doctor Jorge Hernández Carrillo, apoderado de Eudaldo Martín Martín. En ella, sin previamente dar cuenta de los hechos materia del proceso, es impugnada la sentencia con fundamento en las causales 2ª, 1ª y 4ª de las previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El demandante al invocar la causal segunda como principal, y la primera y cuarta como subsidiarias, parte del principio de que objetiva o materialmente no se estableció plenamente el *cuerpo del delito,* y en este sentido critica la prueba ameritada por el Tribunal que dio crédito a las piezas que conducen a demostrar que el paquete apropiado contenía las esmeraldas.

En este esfuerzo, y a través de la causal segunda, la acusación contra el fallo es un simple alegato de instancia orientado a poner en duda el valor de algunos de los elementos probatorios, fragmentariamente tomados por el impugnador, pero cuidándose de hacer referencia a otros medios de convicción tenidos en cuenta por el Tribunal para revocar la sentencia de instancia.

Se pretende en la demanda demostrar que la preexistencia y subsiguiente falta de las esmeraldas carecen de comprobación procesal, e insinúa que bien pudo apropiárselas Isaías Garzón, y "que fueron objeto de apropiación indebida, durante el lapso temporal y geográfico habido entre el momento en que el señor Isaías Garzón las recibió, mediante el acta que obra al folio quince del cuaderno principal, y en el momento en que este mismo personaje hizo entrega 'del talego' a su dependiente Justiniano Silva dentro del Hotel Holanda de esta capital, y en las circunstancias de tiempo, lugar y modo de que habla el proceso; en este caso, repito, no sólo surgiría una calificación distinta a la estampada por el Tribunal en el curso de la providencia que hace las veces de vocación a juicio, sino que la imputación criminosa en contra de todos los sindicados caería por su base para llegar a la configuración del *delito imposible*".

Agrega el demandante que "quedaría situada la responsabilidad en cabeza del único sujeto que físicamente podía ser agente activo del hecho criminoso, que lo sería de *abuso de confianza,* sujeto que se halla identificado con los nombres de Isaías Garzón".

Esta temeraria acusación contra una persona no vinculada a este proceso como sujeto pasivo de la acción penal, mal podría ser argumento respetable para respaldar la causal segunda de casación. Además, aparte de no tener atinencia

jurídica, choca contra la verdad de los hechos establecidos en la actuación.

Como el señor apoderado omitió en su demanda hacer la relación de los hechos y dar cuenta de la manera como los procesados prepararon el delito con mucha antelación para fingir una especie de atraco del portador de las esmeraldas, es apenas natural que no se detenga a examinar las indagatorias de los responsables, ni a confrontar sus confesiones con la prueba del cuerpo del delito, cuyo análisis es completo en la sentencia del Tribunal.

No tiene obligación la Corte de entrar en un estudio al respecto, pues compete al demandante, de acuerdo con las normas que regulan el recurso de casación la demostración de los cargos. En el presente caso aisladamente ha tomado el impugnador algunos testimonios, y ello de modo fragmentario, para afirmar la falta de prueba del cuerpo del delito. Con su criterio llega a la hipótesis del delito imposible porque, en su concepto, de las esmeraldas antes había dispuesto el señor Garzón.

En semejante plano de suposiciones no es posible debatir la casación y menos a través de la causal segunda. Constante ha sido la doctrina de la Corte de que la errada o indebida apreciación de los hechos, como causal para invalidar una sentencia, necesita demostración, en tal forma que surja evidente el error del fallador. El simple criterio del demandante, no fundado, en cuanto al alcance o significación de una o más pruebas, no pasa de ser una opinión. Además, cuando se recurre a la causal segunda de casación, el demandante no puede limitarse a un examen parcial de los elementos de juicio, máxime si esos elementos de juicio versan sobre el punto a que el cargo se contrae.

La causal primera, invocada como consecuente de la segunda, no demostrada ésta, sería superfluo considerarla.

Y en cuanto a la causal cuarta, suficiente es observar que la pretendida nulidad, consistente en haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica del delito, derivaría de aceptar como verdad inconcusa que quien tomó para sí las esmeraldas fue el señor Garzón para atribuírle, sin que haya habido proceso contra él, la comisión de un abuso de confianza, lo que a más de ser jurídicamente inaceptable es un absurdo planteamiento del señor apoderado.

El señor Procurador Delegado, al responder la demanda de que se trata, no se ocupa de los cargos en ella formulados a la sentencia por estimar que el escrito no reúne los requisitos de forma impuestos por el artículo 531 del Código Judicial. Cita, para afianzar su concepto, algunos fallos de esta Sala y autorizadas opiniones de tratadistas en materia de casación.

La Corte comparte su criterio, y bien podría haber prescindido de referirse a los cargos que la demanda contiene contra la resolución del *ad quem*. Si lo ha hecho es por estimar que no podían quedar sin respuesta. La evidente falta de técnica para sustentar el recurso, así se hubiera llenado el requisito formal de relacionar los hechos que originaron el proceso, impone desecharlo, como lo estima el Ministerio Público, que considera la demanda como un simple alegato de instancia.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto en este proceso, respecto de los acusados Camilo Montaña Mahecha y Eudaldo Martín Martín, y *ordena* devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS POSITIVA ENTRE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y LA ORDINARIA

Carácter civil de la Policía y competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y Agentes. — Al disponer el Decreto-ley número 1705 que la Policía Nacional deje de hacer parte de las Fuerzas Militares, a las que estuvo incorporada, sus miembros cesaron de estar sometidos a la jurisdicción penal militar. — Constitucionalmente el fuero penal castrense sólo ampara a los miembros en servicio activo del Ejército Nacional. — Para resolver un conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la castrense debe estarse, ante todo, al contenido del artículo 170 de la Carta.

1. Del hecho de que la Constitución Nacional, Título XVI, establezca que la Policía Nacional es un organismo que forma parte de la "fuerza pública", y que ésta sea, por lo tanto, un cuerpo armado, forzosamente no se puede concluír que sea una institución militar y no un organismo de carácter civil, independientemente del Ejército Nacional.

Por el contrario, teniendo en cuenta el carácter de las funciones que debe cumplir la Policía y la forma como actúa ordinariamente y los medios que emplea para cumplir sus fines, los expositores de Derecho Público no han vacilado en reconocer que ésta tiene un carácter civil.

El carácter civil de la Policía, y, por lo tanto, la competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y agentes, no se puso en duda antes de que, al amparo del prolongado régimen del estado de sitio a que estuvo sometido el país, a partir del 9 de noviembre de 1949, se expidieron los decretos legislativos que incorporaron la Policía Nacional al Ejército y dispusieron que de los procesos en curso contra miembros de la Policía debía seguir conociendo la justicia penal castrense.

Por esto, cuando se expidió el Decreto 1705 de 1960, cuyo artículo 40 expresamente le reconoció a la Policía el carácter de institución civil, que es lo que naturalmente le debe corresponder dentro de un régimen de normalidad constitucional, esta Sala estimó lógicamente, como aún lo sigue estimando, que esta disposición tuvo el efecto de desincorporar a la Policía de las Fuerzas Militares, y que, como consecuencia de este reconocimiento, sus miembros dejaron de seguir amparados por el fuero penal castrense, porque éste, de acuerdo con los términos del artículo 170 de la Constitución Nacional, "solamente es aplicable a los procesos que se adelanten por delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

Por esto, habiendo recobrado la Policía Nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, su carácter de institución civil, mal podrían sus miembros seguir considerándose como militares para el solo efecto de ampararse con un fuero que constitucionalmente sólo puede comprender a los miembros en servicio activo del Ejército Nacional.

2. Cuando se suscite un conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia castrense, para resolverlo debe estarse, ante todo, a los términos del artículo 170 de la Carta, que es el fundamento del fuero penal castrense, y porque ésta es una norma de superior jerarquía, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución, debe aplicarse de preferencia en caso de que exista una disposición legal que sea incompatible con aquella norma constitucional.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El sumario que se sigue al Agente de la Policía Nacional Carlos Julio Gordillo Peña, por el delito de homicidio consumado en el Agente del "DAS" Fidel Triana Benavides, el día 30 de abril del presente año, en la ciudad de Cúcuta, ha sido remitido, en copia, por el Comandante de la Policía Nacional "Norte de Santander", para que dirima la colisión de competencia positiva suscitada entre este funcionario y el Juez Cuarto Superior de Cúcuta.

Este Juez, al afirmar su competencia para conocer de este proceso, se funda en lo resuelto en otras oportunidades por esta corporación, en relación con el alcance que tiene el Decreto 1705 de 1960, en cuanto dispuso que "la Policía Nacional es una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra" (art. 40), lo que produjo el efecto de desincorporar a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, y, de consiguiente, como institución de carácter civil sus miembros quedaron excluídos de fuero penal castrense.

Por su parte, el Comandante de la Policía, al sostener su competencia para fallar en primera instancia este negocio, invoca lo dispuesto en el Código de Justicia Penal Militar (Decreto 0250 de 1958), en cuanto atribuye a la justicia castrense la facultad de conocer de los procesos penales adelantados contra los miembros de la Policía Nacional, "como componentes de las Fuerzas Armadas".

El señor Comandante, en oficio dirigido al Juez 4º Superior de Cúcuta, sustenta sus puntos de vista con los siguientes razonamientos:

"Mientras el Decreto 0250 de 1958 no sea derogado, los funcionarios de la jurisdicción castrense '*tenemos la competencia en forma privativa para conocer y fallar los asuntos penales seguidos contra los miembros de la Policía Nacional*'.

"Cuando se habla o se define que la Policía es una institución de carácter civil, nosotros hemos entendido que se refiere o hace relación al carácter 'civilista' que debe tener la Institución en sus relaciones con el público, pues a tales relaciones no se les puede revestir del carácter impositivo que tiene lo militar. Pero aun no teniendo en cuenta esta consideración, la Policía como institución civil tiene derecho al Fuero Militar, como lo tienen los empleados civiles al servicio del Ministerio de Guerra.

"Este Despacho se permite transcribir la parte pertinente del artículo 284:

"Artículo 284. 'Para los efectos de este Código, los términos Militar, o Militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía...'.

"El fuero militar para los miembros de la Policía Nacional no ha desaparecido a pesar del Decreto-ley 1705 de 1960, reorgánico del Ministerio de Guerra, aunque desapareció de organización de Fuerzas Armadas, y en su reemplazo quedaron las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, ambas dependientes de dicho Ministerio, por las razones siguientes:

"1ª La Policía Nacional continúa dependiendo del Ministerio de Guerra.

"2ª El Código de Justicia Penal Militar no ha sido derogado y, en consecuencia, siguen vigentes, entre otros, los artículos 284, 245, 246, 247 y 248.

"3ª La Policía Nacional continúa siendo una Fuerza Armada de acuerdo con la Constitución Nacional.

"4ª El Decreto-ley 1705 de 1960, por medio del artículo 49, establece: 'El Ministerio Público de la Justicia Penal Militar será ejercido por el Procurador General de la Nación, por medio de un Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional, de conformidad con el artículo 42 de la Constitución Nacional' ".

Con el objeto de reforzar sus tesis, el señor Comandante de la Policía transcribe un concepto del señor Ministro de Guerra, Mayor General Rafael Hernández Pardo, en el que trata de fijar el alcance del Decreto-ley 1705 de 1960.

Para resolver se considera:

Del hecho de que la Constitución Nacional, Título XVI, establezca que la Policía Nacional es un organismo que forma parte de la "fuerza pública", y que ésta sea, por lo tanto, un cuerpo armado, forzosamente no se puede concluír que sea una institución militar y no un organismo de carácter civil, independiente del Ejército Nacional.

Por el contrario, teniendo en cuenta el carácter de las funciones que debe cumplir la Policía y la forma como actúa ordinariamente, y los medios que emplea para cumplir sus fines, los expositores de Derecho Público no han vacilado en reconocer que ésta tiene un carácter civil.

Así, por ejemplo, el profesor Alvaro Copete Lizarralde, apoyándose en la autorizada opinión de tratadistas como Otto Mayer, Fleiner, Hans Kelsen y Carl J. Friedrich, expone al respecto lo siguiente:

"El Ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disci-

plina se debe cumplir rígidamente y las órdenes de los jefes no son discutibles ni discutidas. 'Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos conscientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos'.

"La Policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el Ejército no obra nunca por unidades, la Policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De allí las diferencias entre las dos instituciones.

"Todos los tratadistas que estudian la noción de Policía están de acuerdo en que la función policiva corresponde a la administración, entendiendo por tal el Gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que la caracteriza como eminentemente civil.

"Aun los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que en verdad corresponde primordialmente al Gobierno y a sus agentes en todos sus grados.

"....

"Creemos haber demostrado una premisa indispensable para afirmar el carácter eminentemente civil de la Policía, a saber: la función de Policía es inherente a las autoridades administrativas. Por esta razón el Presidente es el Jefe Supremo de la Policía, pero asimismo son Jefes de Policía, en sus respectivos ramos, los Ministros, los Gobernadores y los Alcaldes.

"La atribución 3ª del artículo 127 del Código de Rógimen Político y Municipal da a los Gobernadores competencia para 'mantener el orden en el Departamento y coadyuvar a su mantenimiento en el resto de la República'. Se les inviste, como es obvio, del carácter de Jefes de Policía dentro del respectivo Departamento.

"El artículo 183 establece, por su parte, que el Alcalde es Jefe Superior de Policía dentro de su respectivo territorio.

"Si el Cuerpo de Policía se incorpora a las Fuerzas Militares quedaría, como es lógico, dentro de la disciplina militar, sujeta a recibir órdenes solamente de sus respectivos jefes militares. Entonces, para armonizar esta situación con las necesidades administrativas, sería menester convertir a los Gobernadores y Alcaldes en jefes militares, con el objeto de que pudieran impartir válidamente órdenes a las fuerzas de Policía. Esta solución sería en extremo improcedente.

"Como es claro que de la función policiva no se puede privar a las autoridades administrativas, porque ella es casi su razón de ser, fluye de manera nítida la inconveniencia, aún más, la imposibilidad de consagrar como norma permanente de la Carta la inclusión del Cuerpo de Policía en las Fuerzas Militares".

El carácter civil de la Policía, y, por lo tanto, la competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y Agentes, no se puso en duda antes de que, al amparo del prolongado régimen del estado de sitio a que estuvo sometido el país, a partir del 9 de noviembre de 1949, se expidieran los decretos legislativos que incorporaron la Policía Nacional al Ejército y dispusieron que de los procesos en curso contra miembros de la Policía debía seguir conociendo la justicia penal castrense.

Por esto, cuando se expidió el Decreto 1705 de 1960, cuyo artículo 40 expresamente le reconoció a la Policía Nacional el carácter de institución civil, que es la que naturalmente le debe corresponder dentro de un régimen de normalidad constitucional, esta Sala estimó lógicamente, como aún lo sigue estimando, que esta disposición tuvo el efecto de desincorporar a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, y que, como consecuencia de este reconocimiento, sus miembros dejarón de seguir amparados por el fuero penal castrense, porque éste, de acuerdo con los términos del artículo 170 de la Constitución Nacional, "solamente es aplicable a los procesos que se adelanten por delitos cometidos por *los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio*".

Por esto, habiendo recobrado la Policía Nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, su carácter de institución civil, mal podían sus miembros seguir considerándose como militares para el solo efecto de ampararse con un fuero que constitucionalmente sólo puede comprender a los miembros en servicio activo del Ejército Nacional.

Cuando como en este caso se suscite un conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia castrense, para resolverlo, debe estarse ante todo a los términos del artículo 170 de la Carta, que es el fundamento del fuero penal castrense, y porque ésta es una norma de superior jerarquía, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución, debe aplicarse de preferencia en caso de que exista una

disposición legal que sea incompatible con aquella norma constitucional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *dirime* la colisión de competencia a que se ha hecho mérito, en el sentido de decidir que el conocimiento de este proceso corresponde a la justicia ordinaria, o sea al Juez Cuarto Superior de Cúcuta, a quien se enviará el sumario, comunicando lo resuelto en esta providencia al Comando de la Policía Nacional "Norte de Santander".

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de jurisprudencia, en materia laboral, a cargo del doctor Luis Ignacio Segura A., Relator de la Corte.

CORRETAJE.—MANDATO.—TECNICA DE CASACION.—MERITO DEL TESTIMONIO EXTRAJUDICIAL

1. La misión del corredor se reduce a poner en contacto a las partes para la celebración del negocio; de ellas emana la declaración de voluntad y no del intermediario, quien, por lo mismo, no actúa como mandatario en representación de quien le confirió el encargo. Trátese de corretaje mercantil o de corretaje civil, el intermediario adquiere el derecho a la correspondiente remuneración. — 2. Lo que da derecho a la remuneración del mandatario es la prestación del servicio, lo mismo si se trata del mandato civil que del comercial, no el simple acuerdo de voluntades sobre la formación del acto jurídico.

1. La demanda inicial en sus peticiones y fundamentos de hecho denomina contrato de comisión el que se afirma celebrado por las partes. Da a entender también que el concertado por ellas fue un mandato civil, e igualmente uno de corretaje. Ello, no obstante, lo que se descubre en el fondo y a través de las pruebas del juicio, es una intermediación para la venta de un inmueble. Si bien la ley mercantil, en su artículo 332, considera la correduría como una especie de mandato comercial, la noción que de la figura del corretaje da el artículo 65 de la misma Ley, deja ver que la misión del corredor se reduce a poner en contacto a las partes (vendedor y comprador) para la celebración del negocio. De ellas emana la declaración de voluntad y no del intermediario, quien, por lo mismo, no actúa como mandatario en representación de quien le confirió el encargo. Tal es la doctrina acogida por esta Sala de la Corte y por la de Casación Civil. De acuerdo con ella, trátese de corretaje mercantil, esto es, del que ejerce el comerciante inscrito en el registro en los términos de la ley del ramo, o de corretaje civil, es decir, de la persona que ejerce la actividad sin título profesional, el intermediario adquiere el derecho a la correspondiente remuneración.

2. Como la Sala no puede examinar el cargo sino en la forma en que el recurrente lo presenta, observa lo siguiente: dan cuenta los testigos de la conversación que oyeron entre demandante y demandado sobre el proyecto que éste tenía de vender su finca por el precio de $ 80.000.00 en que la estimaba, como de la oferta que le hizo al actor sobre reconocimiento de una comisión equivalente a la suma que excediera a la indicada, si lograba conseguir un cliente dispuesto a comprarla por un precio más alto. Nada dicen los declarantes sobre la intervención del demandante en la venta del inmueble, ni del hecho de haberse celebrado el negocio como consecuencia de ella. Ahora bien, lo que da derecho a la remuneración del mandatario es la prestación del servicio, si de mandato civil se trata (art. 2184, numeral 3º, del Código Civil), como también si aquél es de naturaleza mercan-

til (art. 379 del Código de Comercio), no el simple acuerdo de voluntades sobre la formación del acto jurídico, ya que, aun existiendo éste, no por ello quedaría demostrada su ejecución. Y en el caso de autos falta la prueba que se echa de menos, presupuesto indispensable del derecho a la retribución del servicio reclamado en el proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Efraím García, por medio de apoderado, llamó a juicio a Simón Morales, para que por sentencia se hiciera la declaración de que entre éste y aquél existió un contrato de comisión, en virtud del cual el actor se obligó a vender una finca de propiedad del demandado, reconociéndole éste por el servicio una remuneración. Como consecuencia de tal declaración pidió que Morales fuera condenado a pagarle la suma de $ 40.000.00, diferencia entre el valor en que el comitente vendió el inmueble ($ 120.000.00) y el precio que le fijó para la venta ($ 80.000.00), que fue la comisión pactada.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Efraím García y Simón Morales celebraron verbalmente un contrato, por medio del cual éste comisionó a aquél para que le ayudara a vender una finca de propiedad del comitente, llamada "Carayú"; que el precio de venta fijado al inmueble por Morales fue el de $ 80.000, habiéndo acordado las partes como remuneración del comisionista el exceso sobre la suma anotada; que en virtud de la intervención del actor, Morales vendió el inmueble a Telmo Silva, según escritura número 87, de 26 de febrero de 1959, de la Notaría de Moniquirá, por la suma de $ 120.000.00, por lo cual los honorarios del comisionista, que el mandante se ha negado a pagarle, valen $ 40.000.00.

La respuesta a la demanda se opone a sus pretensiones y niega los hechos en que se apoya. Propuso la excepción de inexistencia de la obligación objeto del pleito.

Conoció del juicio en primera instancia el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá, quien le puso términos por sentencia de fecha 27 de febrero de 1960. El fallo, en su numeral primero, declara la existencia de un contrato de comisión entre las partes, en la forma pedida en la demanda. Dice su numeral segundo que no hay lugar a hacer la condena sobre pago de honorarios, por carencia de pruebas. El numeral tercero condena al demandante en el 50% de las costas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Tunja, Sala Laboral, decidió la relación de segundo grado por sentencia de fecha 3 de agosto de 1960. La decisión revoca el numeral primero del fallo apelado; modifica los numerales segundo y tercero, y, en su lugar, absuelve al demandado de todos los cargos, e impone al actor, en su totalidad, las costas correspondientes al primer grado, sin hacer condena por tal concepto en el segundo.

Interpuso el recurso de casación contra la anterior providencia el apoderado de la parte demandante, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

La demanda de casación.

Aspira a que la Corte case el fallo recurrido, confirme en el de instancia el numeral primero del fallo del *a quo,* revoque el segundo del mismo, y, en su lugar, acceda a las peticiones restantes de la demanda inicial.

Formula dos cargos con base en la causal primera de casación.

Primer cargo:

Acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 1494, 1495, 1618, 2142, 2146 y 2150 del Código Civil; 333 y 343 del Código de Comercio, y 1º del Decreto 456 de 1956, a causa de evidentes errores de hecho, por errónea estimación de unas pruebas y falta de estimación de otras.

Las pruebas mal estimadas son las declaraciones de Joselín Ulloa (fs. 6 v. y 26) y Yezid Ulloa (f. 26), y las posiciones absueltas por el demandado (fs. 23 a 25), obrantes en el cuaderno número primero.

Es extremo comprobado —dice el cargo— la existencia de la comisión pactada entre las partes, por lo cual incurrió el Tribunal en error de hecho al negarla.

Sostiene el recurrente que las declaraciones demuestran: el mandato conferido por Morales a García para la venta de la finca "Carayú", por cuenta y riesgo de aquél; la aceptación del encargo por el mandatario, como el interés del mandante al otorgarlo. Que el Tribunal no dio crédito a los testimonios, diciendo que sobre la formación del contrato de comisión eran vagos, lo cual no es cierto, porque los testigos afirman con precisión el modo y condiciones expuestas

por las partes en el diálogo que tuvieron "el día de autos en el Almacén Tarzán"; que las exposiciones son claras cuando manifiestan que Morales pagaría al actor la suma que excediera de $ 80.000.00.

Respecto de las posiciones, dice la acusación que en ellas confiesa Morales el hecho de que le reconocería al demandante, si vendía el inmueble en más de $ 80.000.00, una remuneración, que fue lo que quiso decir al usar el vocablo "cerda". Aceptada la remuneración como consecuencia del convenio, y relacionada con las afirmaciones de los testigos, debe concluírse que lo dicho por ellos es cierto. Por tanto, se debe tener la confesión provocada del demandado como prueba de la existencia de la relación contractual, y, en consecuencia, su errónea interpretación por el fallador.

Como prueba mal apreciada señala el cargo la declaración del testigo Telmo Silva (fs. 3 y 3 v. del cuaderno principal).

Alega que lo dicho por este testigo, comprador del inmueble, acredita la gestión hecha ante él por el demandante al ofrecerlo en venta, y, en consecuencia, la existencia del contrato entre las partes.

Segundo cargo:

Acusa violación directa de los artículos 1494, 1618, 2142, 2149 y 2150 del Código Civil; 333 y 343 del Código de Comercio, y 1º del Decreto 456 de 1956, por falta de aplicación.

Para sustentarlo, dice el acusador:

Al desconocer la sentencia, sin razón justificable, la existencia de la relación jurídica entre las partes, violó directamente el artículo 1494 del Código Civil y 1º del Decreto 456 de 1956. Y al considerar que no existió tal relación, quebrantó las demás normas legales ya citadas.

Se estudian los cargos.

Las declaraciones:

La del testigo Joselín Ulloa, rendida extrajuicio (f. 6 v.) y ratificada en el plenario (f. 26 v.), dice en lo pertinente que el 16 de julio (no indica el año) se hallaban en la ciudad de Tunja, en el "Almacén Tarzán", de su propiedad, hablando de negocios, Simón Morales y Efraím García; que aquél proponía la venta de su finca "Carayú", manifiestándole García que si le reconocía algo le ayudaría a realizar la operación, a lo cual respondió Morales que si el precio excedía de $ 80.000.00 le daría lo que sobrepasara ese valor; que las partes aceptaron el negocio convenido en forma verbal.

El declarante Yezid Ulloa dice en su testimonio que en el "Almacén Tarzán" comentaron Morales y García el negocio de venta de la finca "Carayú"; que García le dijo a Morales que si le daba en comisión lo que pasara de ochenta mil pesos; que al respecto hubo autorización de palabra; que retirado García del almacén, aclaró Morales ante el testigo que si el actor vendía la otra finca, llamada "San Esteban", "ésta valdría más". No recuerda la fecha precisa en que oyó los comentarios, agregando que fue "en los últimos meses de 1958".

Los testigos —anota el Tribunal— hablan de manera vaga, sin dar razón de los términos precisos en que pudo concertarse el pretendido contrato de comisión, ni de las circunstancias de tiempo y modo en que el actor recibió el mandato, por lo cual no sirven para demostrar la existencia de la convención que alega la demanda de instancia.

Las posiciones absueltas por el demandado (fs. 23 a 25).

Dice el absolvente que en conversación con el actor le informó que el precio en que estimaba la finca "Carayú" era el de $ 80.000.00, aceptando la propuesta de éste de reconocerle una cerda si lograba un precio superior al indicado. (Respuesta a la pregunta tercera del pliego).

El cargo se refiere únicamente a la posición mencionada.

Con referencia a la prueba en examen, dice el Tribunal que no se encuentra confesión valedera de la existencia del contrato de comisión; que, por el contrario, el demandado lo niega, y sólo habla de una cerda, término equivalente a propina u obsequio.

Se considera:

La demanda inicial en sus peticiones y fundamentos de hecho, denomina contrato de comisión el que se afirma celebrado por las partes. Da a entender también que el concertado por ellas fue un mandato civil, e igualmente uno de corretaje. Ello, no obstante, lo que se descubre en el fondo y a través de las pruebas del juicio, es una intermediación para la venta de un inmueble. Si bien la ley mercantil, en su artículo 332 considera la correduría como una especie de mandato comercial, la noción que de la figura del corretaje da el artículo 65 de la misma ley, deja ver que la misión del corredor se reduce a poner en contacto a las partes (vendedor y comprador) para la celebración del negocio. De ellas emana la declaración de voluntad y no del intermediario, quien, por lo mismo, no actúa como mandatario en representación de quien le confirió el encargo. Tal es la doctrina acogida por esta Sala

de la Corte y por la de Casación Civil. De acuerdo con ella, trátese de corretaje mercantil, esto es, del que ejerce el comerciante inscrito en el registro en los términos de la ley del ramo, o de corretaje civil, es decir, de la persona que ejerce la actividad sin título profesional, el intermediario adquiere el derecho a la correspondiente remuneración.

No es adecuado, según lo expuesto, hablar de mandato, civil o mercantil, impropiedad en que incurre el fallo del *ad quem,* sino de simple corretaje.

En casación, el recurrente sitúa el negocio jurídico en el campo del mandato, a la vez civil y mercantil. Según lo expuesto, el planteamiento es incorrecto, pues de índole distinta es el que aparece de autos.

Pero como la Sala no puede examinar el cargo sino en la forma en que el recurrente lo presenta, observa lo siguiente: Dan cuenta los testigos de la conversación que oyeron entre demandante y demandado sobre el proyecto que éste tenía de vender su finca "Carayú" por el precio de $ 80.000.00, en que la estimaba, como de la oferta que le hizo al actor sobre reconocimiento de una comisión equivalente a la suma que excediera a la indicada, si lograba conseguir un cliente dispuesto a comprarla por un precio más alto. Nada dicen los declarantes sobre la intervención de García en la venta del inmueble, ni del hecho de haberse celebrado el negocio como consecuencia de ella. Ahora bien, lo que da derecho a la remuneración del mandatario es la prestación del servicio, si de mandato civil se trata (art. 2184, numeral 3º del C. C.), como también si aquél es de naturaleza mercantil (art. 379 del C. de Co.), no el simple acuerdo de voluntades sobre la formación del acto jurídico, ya que, aun existiendo éste, no por ello quedaría demostrada su ejecución. Faltando la prueba que se echa de menos, presupuesto indispensable del derecho a la retribución del servicio reclamado en el proceso, carecería de toda relevancia el error en la estimación de los testimonios y en la confesión provocada del demandado, en el supuesto de que en él hubiera incurrido el Tribunal al valorarlas. De otro lado, no acusa el cargo las normas legales que otorgan el derecho a la remuneración del servicio, requisito indispensable en casación, pues para su viabilidad se requiere que incidan en la resolución de derecho contenida en la sentencia impugnada.

Lo dicho por la Sala a propósito de la prueba testimonial puede predicarse respecto a la de confesión, pues aun suponiendo equivocado el concepto del fallador, ninguna influencia tendría en la solución que dio al caso controvertido, pues el cargo no acusa violación de los preceptos legales que tutelan el derecho reclamado.

Respecto de la declaración de Telmo Silva, que, según el recurrente, no fue estimada por la sentencia, observa la Sala:

El testimonio fue recibido extra juicio, y pedida en éste su ratificación. No se realizó el acto, porque el Juzgado de primera instancia, en providencia tomada en audiencia de trámite (f. 32), resolvió no recibirlo como prueba, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 53 del Código Procesal Laboral.

En segunda instancia fue pedida la ratificación de la declaración mencionada, que el Tribunal denegó en auto dictado en la audiencia del 9 de julio de 1960 (fs. 27 a 29 del cuaderno número 3º).

Por las razones expuestas, no era estimable la prueba de que se trata, ya que, conforme a la ley (art. 693 del C. J.) aplicable al proceso laboral, para apreciar el testimonio extrajuicio se requiere su ratificación en el proceso durante el término probatorio.

El primer cargo, por las razones apuntadas, no prospera.

Igual suerte debe correr el segundo cargo, pues el recurrente se limita a enunciarlo sin expresar los fundamentos de la acusación.

No sobra agregar, en relación con el reparo de que la sentencia infringió el artículo 1º del Decreto 456 de 1956, como se afirma en los dos cargos, que carece de fundamento, porque el ordenamiento dispone que compete a la justicia del trabajo conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios por servicios personales de carácter privado, según el Código Procesal Laboral, con sujeción al trámite allí prescrito (incisos 1º y 2º), y la controversia fue tramitada y definida de conformidad con lo previsto en la citada disposición. Si la norma fue observada, mal pudo sufrir quebranto por ningún concepto.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, 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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

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.

RECLAMACION SOBRE TRABAJO SUPLEMENTARIO Y REAJUSTE DE PRESTACIONES.—TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

No es la calificación que haya hecho la sentencia del mérito de una prueba lo que constituye error de hecho, sino la creencia equivocada de que una cosa ha sucedio o no ha tenido ocurrencia.

Afirma el impugnador que no es un indicio grave solamente lo que sobre el trabajo en horas extras se deduce de la prueba testimonial, sino su plena demostración. La Sala observa que no es la calificación que haya hecho la sentencia del mérito de una prueba lo que constituye error de hecho, sino la creencia equivocada de que una cosa ha sucedido o no ha tenido ocurrencia. La equivocación en la valoración de las pruebas no es lo que sirve para fundar la convicción del fallador en determinado sentido, sino la que pugna con la evidencia de lo que ellas demuestran, si de error de hecho se trata.

Los argumentos de la acusación no tienden a demostrar error de hecho en la estimación de la prueba testimonial, sino a oponer a la valoración de la sentencia la del impugnante. No sirven para demostrar el yerro que a ésta se le imputa, porque el ataque no se destina a probar que los testimonios acreditan el trabajo en horas extras, contra la afirmación contraria del fallador, sino a sostener que el valor que les conviene es el de plena prueba, y no el de imperfecta o semiplena. Con esta orientación, el cargo es inatendible, porque en el proceso del trabajo el Juez goza de libertad en la estimación de los medios probatorios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y seis de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Hilda López Cárdenas llamó a juicio ordinario al Banco Popular, establecimiento bancario domiciliado en Bogotá, representado por su Gerente, para que, previos los trámites de rigor, se hiciera por sentencia la declaración de que entre la actora y el Banco existió un contrato de trabajo entre el 1º de diciembre de 1950 y el 19 de julio de 1957; que, en consecuencia, el Banco le debe a la demandante las sumas correspondientes por cesantía, vacaciones, primas de servicio y demás prestaciones, con base en el sueldo que devengó y de acuerdo con la ley; que la entidad bancaria debe pagarle la cantidad de $ 18.348.16 por horas extras, la indemnización por mora y las costas del juicio.

Dijo su mandatario judicial en los fundamentos de hecho de la demanda que Hilda López Cárdenas celebró contrato escrito de trabajo con el Banco, que se inició el 1º de diciembre de 1950 y terminó el 19 de julio de 1957, habiendo desempeñado la función de Secretaria de la Gerencia General; que ingresó con un sueldo de $ 230.00 al mes, y en virtud de aumentos sucesivos alcanzó a $ 990.00 en julio de 1957; que del 1º de enero de 1951 hasta la terminación del contrato, trabajó 5.528 horas, que liquidadas con base en la respectiva asignación, valen $ 18.348.16; que el trabajo suplementario lo prestó durante tres horas diarias, después de las 6 p. m., y cuatro los sábados en la tarde, durante el tiempo en que fue Gerente del Banco Luis Morales Gómez; que la empleada objetó la liquidación de prestaciones hecha por el patrono, y le reclamó el pago de las horas extras por carta del 10 de octubre de 1957, que aquél no atendió por haber considerado justa la liquidación; que la empresa consignó en el Banco de la República, por concepto de prestaciones de la actora, ante el Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá, una cantidad exigua, y se ha negado al pago de las horas extras reclamadas.

En la respuesta a la demanda, el Banco se opuso a la prosperidad de sus peticiones, negando

sus fundamentos de hecho y de derecho. Manifiesta que Hilda López no prestó servicios fuera de la jornada legal, que fue correcta la liquidación de sus prestaciones, y que por no haber querido recibir su valor, la empresa consignó lo que estimó deberle. Propuso la excepción de prescripción.

El juicio siguió su curso conforme al trámite que le es propio, y terminó por sentencia del 8 de abril de 1960, proferida por el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá. La resolución declara que entre las partes existió un contrato de trabajo por el tiempo que señala la demanda inicial; declara probada la excepción de pago respecto de cesantía, vacaciones y primas de servicio; condena al Banco a pagar a la actora la suma de $ 456.00, a título de indemnización moratoria, y se abstiene de la condena en costas.

Apelaron ambas partes. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá decidió el recurso de alzada por sentencia del 21 de junio de 1960, por la cual confirmó la del Juzgado *a quo,* adicionándola en el sentido de absolver al Banco de la súplica sobre pago por trabajo en horas extras y de la que solicita el reajuste de prestaciones sociales. No condena en costas.

Interpuso el recurso de casación la parte demandante, que le fue concedido por el Tribunal. Admitido por la Corte y debidamente preparado, se pasa a decidir.

Persigue el recurso la quiebra de la sentencia del *ad quem,* para que en su lugar se declare: que la demandante probó en el juicio el hecho de haber trabajado 5.528 horas extras, cuyo valor es la suma de $ 18.348.16; que se reforme la liquidación de las prestaciones sociales para incluír en ella el valor del trabajo suplementario; que se condene al Banco al pago de la indemnización moratoria, a las costas del juicio y a las del recurso de casación.

Formula un cargo con base en la causal primera. En él acusa violación de los artículos 158, 159, 160, 161, 164, 167, 168 y 169 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho evidente en la estimación de la prueba testimonial.

En apoyo del cargo expone el recurrente:

Para el Tribunal, las declaraciones que estudia en la motivación de la sentencia, fundan un grave indicio de que la actora trabajó horas extras por tiempo indeterminado. Si se borra la indeterminación de que habla la sentencia, la prueba que obra en el juicio sobre trabajo suplementario es perfecta. Luego de transcribir lo que sobre el testimonio de Guzmán Noguera dice el Tribunal, anota el acusador: al estimarlo, ha debido tener en cuenta que Guzmán Noguera, de octubre de 1956 a mayo de 1957, ejerció el cargo de Gerente del Banco, hecho de importancia para su valoración, pues reviste el mérito de una confesión simple, ya que se refiere a hechos personales del declarante, materia de la controversia. Durante el indicado período no podía hacer caso omiso de lo que el testigo afirma. Respecto del tiempo anterior a octubre de 1956, el informe del deponente sobre el trabajo suplementario de la actora es preciso, pues da cuenta del hecho en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, expresando la razón de su dicho.

De manera semejante declaran los demás testigos, todas personas calificadas, que en el Banco ocuparon cargos de importancia y responsabilidad. Entre sus testimonios y el de Guzmán Noguera "existen coincidencias que fundan la certeza necesaria para condenar a la entidad demandada".

Se refiere nuevamente al concepto del Tribunal, según el cual las declaraciones constituyen grave indicio de que la actora trabajó horas extras por tiempo indeterminado, y lo comenta así: "La afirmación contradice las anteriores, pues al analizar cada uno de los testimonios en particular, el fallador encuentra que en veces los declarantes dan a sus afirmaciones mayor amplitud que la demanda. Pero en ningún caso contradicen los hechos o los niegan. Todo lo contrario, los hechos están probados plenamente".

Refuta el cargo el apoderado del opositor diciendo que no se ajusta al mandato correspondiente de la ley laboral, porque no indica el concepto de violación de la ley; que se limita a transcribir las argumentaciones del fallo sobre los testimonios y su ineptitud para probar que la demandante trabajó determinado número de horas extras; que lo que el recurrente considera evidentes errores de hecho no son otra cosa que las apreciaciones que hace la sentencia acerca de los testimonios contradictorios e i m p r e c i s o s obrantes en el proceso, desprovistos de todo mérito, porque según la jurisprudencia, el trabajo suplementario debe probarse con la debida determinación, por no ser posible la condena en abstracto y por aproximación.

Se considera:

1. Las normas cuya violación acusa el cargo se refieren a la jornada de trabajo y a la remuneración del suplementario únicamente. No guarda conformidad con el alcance que a la impugnación señala el recurrente en cuanto hace al reajuste de prestaciones sociales pedido en la demanda inicial (cesantía, vacaciones, primas de servicio) y a la condena por indemnización mo-

ratoria, extremos que no contempla la acusación. Por tanto, sobre ellos, la Sala se abstendrá de hacer consideración alguna.

2. Es verdad que el cargo no indica el concepto de violación de las normas que relacionan, como lo anota el opositor. Con todo, como lo que pretende es la condena del Banco al pago de la remuneración por horas extras, desechada por los falladores de instancia, puede admitirse, por amplitud, que el quebranto de las normas se produjo por falta de aplicación.

3. No es un indicio grave, según el impugnador, lo que sobre el trabajo en horas extras se deduce de la prueba testimonial, sino su plena demostración. La Sala observa que no es la calificación que haya hecho la sentencia del mérito de una prueba lo que constituye error de hecho, si no la creencia equivocada de que una cosa ha sucedido o no ha tenido ocurrencia. La equivocación en la valoración de las pruebas no es lo que sirve para fundar la convicción del fallador en determinado sentido, sino la que pugna con la evidencia de lo que ellas demuestran, si de error de hecho se trata.

4. Los argumentos de la acusación no tienden a demostrar error de hecho en la estimación de la prueba testimonial, sino a oponer a la valoración de la sentencia la del impugnante. No sirven para demostrar el yerro que a ésta se le imputa, porque el ataque no se destina a probar que los testimonios acreditan el trabajo en horas extras, contra la afirmación contraria del fallador, sino a sostener que el valor que les conviene es el de plena prueba, y no el de imperfecta o semiplena. Con esta orientación, el cargo es inatendible, porque en el proceso del trabajo el Juez goza de libertad en la estimación de los medios probatorios.

5. Aunque lo expuesto es suficiente para el rechazo del cargo, la Sala lo examina, concretándolo al ataque por mala apreciación del testimonio de Ignacio de Guzmán Noguera, pues en relación con las demás declaraciones que la sentencia analiza, el impugnante se limita a decir que entre ellas y la del citado testigo, "existen coincidencias que fundan la certeza necesaria para condenar a la entidad demandada", sin determinarlas. La afirmación en tal sentido envuelve una alegación de instancia, inadmisible en casación.

6. Dice el testigo Noguera en su declaración (fs. 64 a 67) rendida el 7 de julio de 1958, que se vinculó al Banco Popular, como abogado de su sección hipotecaria, en 1953, viajando posteriormente al exterior en el desempeño de gestiones que aquél le encomendó; que a su regreso fue nombrado Gerente del Banco Prendario de Bogotá, y más tarde del Banco Popular, en reemplazo de Luis Morales Gómez, cargo que ejerció de octubre de 1956 a mayo de 1957, fecha en que volvió a la Gerencia Morales Gómez; que la demandante trabajó en el Banco de 1950 a 1957 como Secretaria del Gerente; que debido a su vinculación con la entidad iba con frecuencia a la Gerencia, después de las cinco de la tarde, y pudo observar que Hilda López trabajaba hasta altas horas de la noche; que el testigo se retiraba a las 10 p. m., continuando aquélla sus labores después de esa hora; que mientras el declarante ejerció el cargo de Gerente, la empleada ingresaba al trabajo a las 8 a. m., y laboraba los sábados en la tarde; que durante los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1957, la jornada de la demandante era de ocho de la mañana a nueve de la noche, más o menos, y la implantada en el Banco para sus empleados, de 8 a. m. a 12 m. y de 2 p. m. a 6 p. m. Afirma el testigo que antes de ser funcionario del Banco sus visitas a la Gerencia eran ocasionales, y permanentes desde que ingresó a su servicio; que comenzaba sus labores de ocho a nueve de la mañana, y la demandante, de acuerdo con los reglamentos, a las ocho.

7. El Tribunal analiza la declaración en estos términos: afirmó el declarante que, mientras estuvo de Gerente del Banco, Hilda López trabajaba a sus órdenes desde las ocho de la mañana hasta las nueve de la noche, y que aquélla debía comenzar la labor, de acuerdo con el reglamento, a las ocho. Tales afirmaciones se encuentran en franca contradicción con la demanda, porque exceden lo pretendido en ésta, y con lo confesado por la actora en posiciones. En efecto: el trabajo suplementario que reclama el libelo es el prestado por la demandante durante el tiempo en que fue Gerente del Banco Morales Gómez, lo cual excluye el lapso en que ejerció el cargo el deponente. En su confesión provocada la demandante afirma que, en virtud de permiso especial, llegaba generalmente a su trabajo a las nueve y media de la mañana. Luego la hora de ingreso no era la de las 8 a. m. El testigo dice además: que durante algún tiempo estuvo ausente del país. Mal puede afirmar entonces que la demandante laboraba en tiempo suplementario en forma regular y continua. También dice que la López trabajaba hasta las 10 p. m., afirmación contraria a lo que asevera la empleada en la demanda, pues dice en esa pieza que por la tarde prolongaba la jornada hasta las 9 p. m.

Tales son las razones —concluye el Tribunal— para estimar deficiente el testimonio de Ignacio de Guzmán, "e ineficaz para demostrar los hechos afirmados en la demanda".

8. Son fundadas, en sentir de la Sala, las tachas que al testimonio opone la sentencia. En todo caso, no se advierte error evidente de hecho en su estimación.

Por lo demás, aun aceptando que fue manifiestamente errónea su apreciación, debe observar la Sala que el fallo, para rechazar la súplica a la condena por trabajo suplementario, no se funda únicamente en el testimonio mencionado, sino también el rendido por Fabio Nicholls Arbeláez, Mario Franco Ruiz, Eduardo Suárez y José A. Moreno, y en la confesión rendida por la demandante en posiciones. Estas pruebas no han sido materia de ataque por el recurrente, y sin desvirtuar las razones que con base en ellas aduce el fallador, la sentencia debe mantenerse, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la corporación, de modo constante y uniforme.

El cargo no prospera.

A 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, *no casa* la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial 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 Gómez Moreno, Conjuez; *Manuel J. González,* Conjuez; *Luis Javier Mariño,* Conjuez; *José Joaquín Rodríguez,* Magistrado.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CLAUSULA DE RESERVA.—INDEMNIZACION DE LUCRO CESANTE.—TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

Cuando la cláusula de reserva es ineficaz por no haberse utilizado en legal forma, el contrato queda sometido al régimen del plazo presuntivo. Si la cláusula de reserva, en razón del mal uso de la misma, quedó sin efecto, y en ejecución de ella el patrono pagó al trabajador 45 días de salario, ese pago carece de causa y debe imputarse al valor de la condena por lucro cesante. Actividades que corresponden al casacionista que alega error de hecho. La Corte no puede suplirlas de manera oficiosa.

Cuando la cláusula de reserva es ineficaz por no haberse utilizado en legal forma, el contrato queda sometido al régimen del plazo presuntivo. De ahí el fundamento de la condena al pago de perjuicios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Si la cláusula quedó sin efecto, y en ejecución de ella el patrono pagó al trabajador 45 días de salario, ese pago carece de causa, y, por tanto, era procedente haber imputado su importe al valor de la condena por lucro cesante, como lo sostiene el acusador.

Con todo, el cargo no prospera por defectos de orden técnico en su desarrollo. Cuando se alega infracción de la ley por error de hecho, el recurrente debe indicar las pruebas mal estimadas o dejadas de apreciar por el sentenciador, de las cuales se deduzca la existencia del error, dando la demostración del caso. La acusación no cumplió tal exigencia, como lo manda la ley orgánica del recurso extraordinario. En efecto, no cita las pruebas que demuestren el pago de los salarios al demandante durante el término del preaviso (45 días), cuyo importe ha debido descontar la sentencia del valor de la condena por lucro cesante, ni expresa si el error de hecho se produjo por inestimación de pruebas o por su mala apreciación. Al respecto se trata de una actividad del resorte del recurrente, que la Corte no puede suplir de manera oficiosa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinte de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Benjamín Ramos, por medio de apoderado, llamó a juicio ordinario a la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Compañía Colombiana de Fumigación Aérea" (Fumarco), domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada al pago de dominicales y festivos, a la indemnización de perjuicios por lucro cesante y por mora, y a las costas del juicio.

Se afirma en los hechos de la demanda que Ramos trabajó al servicio de la sociedad desde el 1º de enero de 1959 hasta el 8 de abril de 1960, habiendo devengado un sueldo de $ 1.700.00, según contrato de trabajo consignado por escrito; que en éste se pactó la cláusula de reserva; que con invocación de la cláusula, el patrono prescindió de los servicios del empleado el 8 de abril de 1960, habiéndole pagado en esa fecha los 45 días del preaviso pero no las prestaciones sociales causadas; que durante la vigencia del contrato el demandante trabajó treinta y cinco días de descanso obligatorio; que las deudas por cesantía y demás prestaciones sólo fueron canceladas el 20 de abril de 1960, negándose la sociedad al pago de las que relaciona la parte petitoria del libelo.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de sus peticiones. En cuanto a los hechos, se atiene a lo que en el juicio se demuestre.

Terminó el juicio en primera instancia por sentencia del 29 de julio de 1960, proferida por el Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá. El numeral primero del fallo condena a la sociedad a pagar al demandante: a) $ 4.647.62 a título de indemnización por lucro cesante; b) $ 850.00 por trabajo en dominicales y festivos. El numeral segundo la absuelve de los demás cargos, y el tercero le impone un 80% de las costas.

Apelaron ambas partes. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá decidió el recurso de alzada por sentencia de fecha 13 de septiembre de 1960. La resolución (numeral primero) confirma la de primer grado en el literal a) del numeral primero; revoca (numeral segundo) el literal b) del numeral primero e igualmente la absolución del numeral segundo, y, en su lugar, condena a la sociedad a pagar al actor, por concepto de indemnización moratoria, la suma de $ 623.26. Se abstiene de la condena en costas y confirma la de primera instancia.

El apoderado de la sociedad interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Preparado aquí debidamente, se pasa a decidir.

El recurso.

Aspira a que se infirme la sentencia del *ad quem*, y a que, en su lugar, se absuelva a la sociedad de las condenas que le impone.

Formula tres cargos. Se deduce de su contenido que invocan la causal primera de casación.

Primer cargo. Violación indirecta de los artículos 47, 48, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho.

El error consistió en que la sentencia desconoció el contenido de la carta del 9 de abril de 1960 (f. 13).

Debido a ese error —dice el recurrente al motivar el cargo— la sentencia dio por sentado que la sociedad, por no haber cubierto al demandante las prestaciones sociales al terminar el contrato de trabajo, no usó legalmente la cláusula de reserva. No tiene este alcance el hecho de que no obstante el preaviso en tiempo, el patrono se lo hubiera cubierto al empleado en dinero, porque no hay norma que lo prohiba, como tampoco existe la prohibición de que durante el ejercicio del preaviso se paguen las prestaciones sociales, "luego el Tribunal cometió error al confundir el despido intempestivo con el preaviso en tiempo, que es lo que textualmente reza la carta que obró como prueba en el proceso".

Segundo cargo. Violación de los artículos 48, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea.

Se funda la acusación en que la sentencia erró en la inteligencia de la norma que establece la cláusula de reserva, porque una cosa es el despido intempestivo con una indemnización equivalente a 45 días de salario y pago previo de las deudas por prestaciones sociales y otra distinta la facultad que tienen las partes de preavisar en tiempo la terminación del contrato. En el segundo caso no puede haber pago previo de las prestaciones, pues equivaldría a cancelarle al trabajador su importe y a darle el aviso de que dentro de 45 días el patrono dará por terminado el contrato. A esta interpretación absurda del precepto llega el Tribunal en la sentencia.

Tercer cargo. Violación indirecta del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de evidente error de hecho.

Se aduce como subsidiario de los anteriores.

Dice el recurrente en sustentación del cargo:

La condena por lucro cesante la hace la sentencia por el valor de los salarios en dos meses veintidós días, estimando que como el contrato se inició el 1º de enero de 1959 y terminó el 8 de abril de 1960, para el vencimiento de la tercera prórroga del plazo presuntivo (30 de junio de 1960) faltó el indicado lapso de tiempo. Pero que, aun aceptando el mal uso de la cláusula de reserva, en vista de que el trabajador había recibido ya, el 8 de abril de 1960, 45 días de salario, agregado éste al tiempo de trabajo anterior (3 meses 8 días), el total de la asignación pagada comprende 4 meses 23 días, quedando por cancelar únicamente un mes y siete días, y no dos meses y veintidós días, como lo sostiene el fallador.

Concluye la acusación en estos términos: "Este error manifiesto en la sentencia debe ser corregido" en el caso de que no prosperen los dos primeros cargos, a efecto de que la Corte, en instancia, ordene que de la condena en concreto por lucro cesante, se descuenten los salarios por 45 días, recibidos por el trabajador el 9 de abril de 1960, fecha en que el patrono le dio el preaviso legal, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento sin causa.

El alegato de réplica refuta los cargos con estos argumentos:

La sentencia hace mérito de la carta del folio 13, luego no es cierto que hubiera desconocido su existencia. Además, la condena por lucro cesante no sólo toma en cuenta la carta mencionada, sino otras pruebas que el recurrente no menciona, por lo cual el primer cargo, en su formulación, resulta incompleto.

El segundo cargo es acomodaticio, porque no sostiene la sentencia que el patrono le hubiera

dado al trabajador el preaviso de cuarenta y cinco días en tiempo, sino en dinero, conclusión a que llega tomando en cuenta la carta de despido, la confesión provocada del representante de la sociedad y la liquidación de prestaciones sociales. El pago de éstas, como lo anota el fallador, no fue previo o concomitante al despido, por lo cual estimó que, por mal uso de la cláusula de reserva, el contrato terminó ilegalmente.

El tercer cargo presenta defectos de orden técnico, porque no indica cuál fue el error de hecho en que incurrió la sentencia ni señala las pruebas mal apreciadas o no estimadas por ella.

Se considera:

El Tribunal confirma la condena del fallo de primer grado al pago del lucro cesante con fundamento en estas consideraciones: la empresa no usó legalmente la cláusula de reserva, porque no pagó al trabajador las prestaciones sociales en forma previa o concomitante a la terminación del contrato. El patrono afirma que le dio al empleado el preaviso en tiempo y no en dinero, a lo cual observa que si bien la carta de despido usa términos ambiguos, lo cierto es que prescindió del preaviso en tiempo para pagarlo en dinero, como lo demuestra la liquidación de prestaciones sociales y la confesión rendida en posiciones por el representante de la sociedad. "En tales circunstancias —agrega el Tribunal— el uso de la cláusula de reserva no se ajustó a los términos de la ley y la terminación del contrato fue ilegal. Procede, en consecuencia, la condena correspondiente".

En cuanto al primer cargo, observa la Sala:

Dice la carta del folio 13, del 9 de abril de 1960, dirigida por la sociedad al demandante, que a partir de esa fecha "debe hacer uso del preaviso legal de 45 días", por haberse declarado suspendido el contrato.

El Tribunal sostiene que, no obstante los términos ambiguos de la comunicación, el patrono prescindió del preaviso en tiempo para optar por su pago en dinero, como lo demuestran, entre otras pruebas, la confesión provocada del representante de la sociedad. La afirmación es exacta. Dijo aquél en la respuesta a la pregunta 8ª del cuadro de posiciones (f. 23): "La Compañía hizo uso de la cláusula de reserva que consta en el respectivo contrato de trabajo y se le pagaron cuarenta y cinco días de preaviso". Su cancelación es hecho aceptado por la demanda inicial.

Fue, pues, correcta la apreciación del Tribunal en el sentido de que el patrono dio por terminado el contrato, en uso de la cláusula de reserva, prescindiendo del preaviso en tiempo, optando por su cancelación en dinero. Por consiguiente, el reparo de que en la estimación del documento del folio 13 incurrió la sentencia en error de hecho, carece de fundamento. Por lo demás, el concepto de aquélla no se funda únicamente, como se ha visto, en la carta referida, sino en otros medios de prueba que la acusación no ataca.

El otro argumento del impugnador en el sentido de que el patrono puede prescindir del preaviso en tiempo para pagarlo en dinero, es un juicio sobre el contenido del artículo 48 del Código, ajeno a toda consideración de hecho, que no cabe dentro de la modalidad de infracción del precepto por vía indirecta, a través de yerros en la estimación de pruebas.

El cargo no prospera.

El segundo cargo parte de la base de que el patrono dio por terminado el contrato, en uso de la cláusula de reserva, utilizando el preaviso en tiempo. Ya se ha visto que las pruebas del proceso, de las cuales hace mérito la sentencia, demuestran lo contrario de lo que el impugnador afirma, esto es, que el patrono prescindió del preaviso en tiempo de que habla la carta del folio 13, para sustituírlo por el de su pago en dinero. No incide, pues, la acusación en los fundamentos de la sentencia, sino en consideraciones extrañas a su contenido.

A lo expuesto conviene agregar lo siguiente:

La condena al pago de perjuicios por lucro cesante se apoya en estas razones: el patrono, al dar por terminado el contrato, no le pagó al trabajador las deudas insolutas, sino con posterioridad a la fecha de la desvinculación contractual. Por consiguiente, no fue legal el empleo que hizo de la cláusula de reserva; en consecuencia, es procedente la condena referida por ruptura del vínculo sin justa causa. Esta apreciación de la sentencia queda en pie. No la desvirtúa el recurrente, pues ni siquiera la menciona.

Debe anotarse que la aseveración del Tribunal la respaldan estas pruebas: la confesión provocada del representante de la sociedad, y la liquidación y pago de las prestaciones sociales al demandante. La primera acredita que el contrato terminó el 8 de abril de 1960, por voluntad del patrono, tomada en uso de la cláusula de reserva; y que el 9 de los mismos mes y año le pagó al trabajador los salarios por el tiempo del preaviso (45 días). La segunda demuestra que la sociedad le canceló al demandante sus prestaciones sociales el 20 de abril del año expresado, esto es, once días después de haberle puesto término a la relación contractual de trabajo. Lo dicho es suficiente para el rechazo del cargo.

En relación con el tercer cargo, se observa:

Cuando la cláusula de reserva es ineficaz por no haberse utilizado en legal forma, el contrato queda sometido al régimen del plazo presuntivo. De ahí el fundamento de la condena al pago de perjuicios, de acuerdo con lo previsto por el artículo 64 del Código.

Si la cláusula quedó sin efecto, y en ejecución de ella el patrono pagó al trabajador 45 días de salario, ese pago carece de causa, y, por tanto, era procedente haber imputado su importe al valor de la condena por lucro cesante, como lo sostiene el acusador.

Con todo, el cargo no prospera por defectos de orden técnico en su desarrollo. Cuando se alega infracción de la ley por error de hecho, el recurrente debe indicar las pruebas mal estimadas o dejadas de apreciar por el sentenciador, de las cuales se deduzca la existencia del error, dando la demostración del caso. La acusación no cumplió tal exigencia, como lo manda la ley orgánica del recurso extraordinario. En efecto, no cita las pruebas que demuestren el pago de los salarios al demandante durante el término del preaviso (45 días), cuyo importe ha debido descontar la sentencia del valor de la condena por lucro cesante, ni expresa si el error de hecho se produjo por inestimación de pruebas o por su mala apreciación. Al respecto se trata de una actividad del resorte del recurrente, que la Corte no puede suplir de manera oficiosa.

No se recibe el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, 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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial 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.

INDEMNIZACION MORATORIA.—ERROR DE HECHO EN LA ESTIMACION DE PRUEBAS

No le basta al patrono negar el contrato laboral para quedar a cubierto de la sanción por mora; la negativa debe apoyarse en pruebas que justifiquen su actitud.

Para exonerar a la parte demandada de la sanción por mora tuvo en cuenta el Tribunal la jurisprudencia de esta corporación, según la cual cuando el patrono niega el contrato de trabajo con razones atendibles y al proceso aporta medios probatorios que justifiquen su actitud, procede estimar que obró de buena fe quedando facultado en tal caso el fallador para eximirlo de la sanción. Tiene ella carácter punitivo, por lo cual, para aplicarla se impone investigar la conducta del responsable. Si del análisis probatorio resulta que el rechazo del vínculo y la consiguiente renuencia al pago de las acreencias laborales, ofrece fundamentos plausibles, el patrono se hace acreedor a que se le libere de la sanción.

En el asunto litigioso los dos demandados negaron toda vinculación laboral con el demandante, agregando el segundo que su situación con el actor fue de obra y no de palabra, calificándolo de contratista independiente. En su confesión provocada, admite el uno que le daba órdenes e instrucciones al demandante. En confesión de la misma índole acepta el representante del otro que éste suministraba al trabajador los elementos para las confecciones de las obras contratadas. El convenio celebrado entre las partes (f. 5) contiene la estipulación de que los materiales para la construcción de la obra allí especificada serían suministrados por el contratante López, o sea por uno de los demandados.

Las tres pruebas mencionadas, como lo anota el recurrente, le sirvieron al sentenciador para llegar a estas conclusiones: es indudable la existencia del contrato de trabajo entre las partes; su negación por los demandados no ha tenido comprobación en el proceso.

A las anteriores conclusiones es notoriamente opuesta la observación del Tribunal en el sentido de que los dos demandados abrigaron una duda legítima sobre la realidad de la vinculación laboral.

De la confesión contenida en las posiciones absueltas por ellos y del documento del folio 5 resulta, como lo afirma la sentencia acusada, la prueba de que el actor fué un trabajador subordinado, porque no actuó en la ejecución del contrato con autonomía, utilizó en su confección elementos entregados por los dueños o beneficiarios de la obra, y, además, no asumió los riesgos. Es decir, encontró el sentenciador debidamente comprobados los presupuestos que según el artículo 34 del Código Sustantivo excluyen la relación del trabajo personal del ámbito del contrato de obra, y, a la vez, los estructurales del contrato de trabajo.

De acuerdo con la jurisprudencia, no le basta al patrono negar el contrato laboral para quedar a cubierto de la sanción por mora; la negativa debe apoyarse en pruebas atendibles. Las aportadas al oficio por la parte demandada lo que demuestran no es el contrato de obra que alega, sino la relación de trabajo subordinado en que funda sus pretensiones el actor.

De lo expuesto se concluye que la sentencia estimó equivocadamente las pruebas de que se ha hecho mérito, incurriendo en el error de hecho de que la acusa el recurrente, y, por tanto, en violación del artículo 65.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinte de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Arcesio Méndez, por medio de apoderado, citó a juicio ordinario a la sociedad de responsabilidad limitada con domicilio en Medellín, representada por Juan B. Espinosa, denominada "Asbestospray de Colombia", y a Gonzalo López Ochoa, para que por sentencia fueran condenados al pago de cesantía, primas de servicio, vacaciones, salario doble por trabajo en domingos y festivos, y al de horas extras en jornada nocturna, subsidio de transporte, perjuicios por ruptura ilegal del contrato y a título de indemnización moratoria, y costas del juicio. En subsidio solicita que la condena por salarios del plazo presuntivo sea reemplazada por el valor del preaviso, y, además, que si en el juicio no se establece la responsabilidad solidaria de los demandados, se les condene separadamente, y, por último, que las obligaciones se liquiden con el salario mínimo legal si en el proceso no se demuestra la cuantía del devengado por el actor.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Arcesio Méndez le prestó servicios personales a la sociedad y a Gonzalo López Ochoa, según contrato verbal de trabajo iniciado con éste y continuado con la compañía, desde el 3 de noviembre de 1957 hasta fines de diciembre de 1959; que vigente la relación de trabajo con López Ochoa, éste constituyó la sociedad "Asbestospray de Colombia", transfiriendo después sus derechos a Jaime López; que el actor continuó al servicio de la compañía, sin interrupción, hasta la expiración del vínculo; que, por tal motivo, se operó una sustitución patronal, por lo cual deben los demandados responder solidariamente de las acreencias laborales; que la labor desempeñada por el empleado fue la de Aplicador de Material Acústico, en varias ciudades del país; que mientras estuvo al servicio de Gonzálo López devengó, durante el primer año, un sueldo de $ 150.00 mensuales, aumentado después a $ 180.00, y, por último, a $ 240.00; que la asignación, durante el tiempo en que trabajó para la sociedad, fue de $ 200.00, $ 300.00 y $ 900.00 semanales; que laboró en domingos y festivos sin recibir salario doble o descanso compensatorio; que a fines de diciembre de 1959 fue despedido sin justa causa; y que al terminar el contrato no le pagó el patrono las prestaciones sociales causadas, no obstante haberlas reclamado.

La respuesta a la demanda niega el contrato de trabajo. La presentada por el mandatario judicial de Gonzalo López afirma que la relación jurídica entre su mandante y el actor no fue dependiente sino la que corresponde al contrato de obra. Como excepción perentoria la sociedad dijo que proponía la genérica del artículo 329 del Código Judicial. Adujo como dilatorias las de ilegitimidad de su personería y la de inepta demanda. Estas dos excepciones hizo valer también el otro demandado.

La relación de primer grado terminó por sentencia de fecha 21 de mayo de 1960, proferida por el Juzgado 3º del Trabajo de Medellín. La resolución absuelve a los demandados de todos los cargos, sin costas.

Apeló la parte vencida. Resolvió el recurso de alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín por sentencia del 7 de julio de 1960. Su parte resolutiva (numeral primero) condena a la sociedad y a López Ochoa, solidariamente, a pagar al demandante la suma de $ 82.80 por cesantía y $ 46.00 por primas de servicio; los absuelve de los demás cargos (numeral segundo); declara no probadas las excepciones propuestas por los demandados en cuanto a cesantía y primas de servicio (numeral tercero); y guarda silencio sobre costas.

El demandante interpuso el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, que le fue concedido por el Tribunal. Admitido aquí y debidamente preparado, se pasa a decidir.

El recurso.

Su finalidad es la de que se case la sentencia del *ad quem*, en cuanto absuelve a la parte demandada de la condena por salarios moratorios, que la Corte debe acoger en fallo de instancia, previa revocatoria del de primer grado por haber despachado desfavorablemente la súplica a la condena por el concepto expresado.

Se deduce del alegato de casación que invoca la causal primera. Formula dos cargos.

El segundo acusa la sentencia por violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho, proveniente de falta de apreciación de unas pruebas y mala apreciación de otras.

Consistió el error en que el Tribunal absuelve a la parte demandada de la súplica al pago de la indemnización por mora, porque abrigó una duda legítima sobre la existencia de la relación laboral, demostrando las pruebas del juicio lo contrario, como el propio fallador lo acepta.

La acusación cita como pruebas mal apreciadas las siguientes: a) La carta de 22 de julio de 1960 (f. 5); b) Los recibos sobre pago del salario semanal al demandante (fs. 10 a 24); c) Las posiciones absueltas por el demandado Gonzalo López (f. 39); d) Las posiciones absueltas por el representante de la sociedad (f. 45), y e) La declaración del testigo José Arroyave (f. 45 v.).

Demuestran esas pruebas —dice el recurrente—, de manera clara y notoria, el contrato de trabajo entre las partes. Si el Tribunal las hubiera estimado correctamente, habría llegado a la conclusión de que no ofrecía la menor duda la existencia del vínculo laboral y, en consecuencia, le habría dado aplicación al artículo 65, ya que la propia sentencia reconoce que al terminar el contrato no cancelaron los patronos las deudas a su cargo por prestaciones sociales.

Sobre la índole de las relaciones jurídicas entre los litigantes, dice el Tribunal:

Al absolver posiciones confiesa el demandado Gonzalo López que controlaba el trabajo del demandante, a quien le daba órdenes e instrucciones; que Juan B. Espinosa, representante de la sociedad, reconoce en su confesión provocada, que aquélla le suministraba a Méndez la máquina, herramientas y demás elementos de trabajo, lo mismo que el material acústico.

Al folio 5 del expediente obra el acuerdo ajustado entre Gonzalo López y Arcesio Méndez sobre la construcción de cielosrasos en un edificio, en el cual se estipuló que "todos los materiales, madera, láminas madecel y puntillas serán suministrados por nosotros, y su costo cargado a buena cuenta del contrato".

"Las anteriores consideraciones sirven de base a la Sala para deducir en forma indubitable que las partes estuvieron ligadas por una relación de carácter laboral, sin que tenga fundamento jurídico la predicación que hace con relación al petente de que era un contratista independiente", porque esa afirmación de la parte demandada no encuentra respaldo en las pruebas del proceso.

La Corte, en sentencia del 12 de diciembre de 1959 (juicio de Aquilino Rosero contra Antonio Valencia), agrega el Tribunal, ha dicho que cuando se demuestra en juicio el hecho de que el demandado suministra los materiales de la obra al trabajador, queda desvirtuada la figura del contratista independiente a que se refiere el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

De los autos —prosigue el Tribunal— resulta evidenciado que en la ejecución de las obras el demandante no obraba con libertad y autonomía, porque recibía órdenes de López en cuanto al modo de ejecución de la obra, no utilizaba sus propios medios, pues los elementos para su ejecución se los facilitaban los demandados, como aparece de sus confesiones, ni se demostró que Méndez asumiera los riesgos.

Es incuestionable que alegado por el actor el vínculo laboral y presentadas por él las pruebas encaminadas a demostrar una relación personal de trabajo con los demandados, de tal hecho se presume el contrato laboral, conforme el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, a la parte demandada le correspondía acreditar que no fue de esa naturaleza el que vinculó a las partes, sino un contrato de carácter civil, "situación que no sucedió y, por el contrario, se acreditó la configuración de la relación contractual de trabajo".

Fundado en las consideraciones que preceden, la sentencia estudia las peticiones de la demanda inicial, de las cuales estimó viables las relativas a cesantía y primas de servicio. Tomando en cuenta la duración del contrato y el salario mínimo legal, condenó a la parte demandada al pago de su importe, en atención a que no las canceló al terminar el contrato, por haber negado su existencia, ni, de consiguiente, consignó su valor.

Respecto a la súplica sobre condena al pago de la indemnización por mora, dice el Tribunal: "La forma como se objetivó la relación laboral entre las partes, pues el demandante podía buscar ayudantes, colocaba a los demandados en una duda legítima sobre la existencia del contrato de trabajo, y, por tanto, no puede sancionárseles en la forma como lo estatuye el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera:

1. Para exonerar a la parte demandada de la sanción por mora tuvo en cuenta el Tribunal la jurisprudencia de esta corporación, según la cual cuando el patrono niega el contrato de trabajo con razones atendibles y al proceso aporta medios probatorios que justifiquen su actitud, procede estimar que obró de buena fe, quedando facultado en tal caso el fallador para eximirlo de la sanción. Tiene ella carácter punitivo, por lo cual, para aplicarla, se impone investigar la conducta del responsable. Si del análisis probatorio resulta que el rechazo del vínculo y la consiguiente renuencia al pago de las acreencias laborales, ofrece fundamentos plausibles, el patrono se hace acreedor a que se le libere de la sanción.

2. En el asunto litigioso el demandado Gonzalo López negó toda vinculación laboral con el demandante. La misma posición asumió la sociedad, agregando que su situación con el actor fue de obra y no de trabajo, calificándolo de contratista independiente.

3. En su confesión provocada, admite Gonzalo López que le daba órdenes e instrucciones al demandante. En confesión de la misma índole acepta el representante de la sociedad que le suministraba al trabajador los elementos para la con-

fección de las obras contratadas. El convenio celebrado entre Gonzalo López y Arcesio Méndez, del 22 de julio de 1959 (f. 5), contiene la estipulación de que los materiales para la construcción de la obra allí especificada, serían suministrados por el contratante López.

4. Las tres pruebas mencionadas, como lo anota el recurrente, le sirvieron al sentenciador para llegar a estas conclusiones: es indubitable la existencia del contrato de trabajo entre las partes; su negación por los demandados no ha tenido comprobación en el proceso.

5. A las anteriores conclusiones es notoriamente opuesta la observación del Tribunal en el sentido de que los dos demandados abrigaron una duda legítima sobre la realidad de la vinculación laboral.

6. De la confesión contenida en las posiciones absueltas por los demandados y del documento del folio 5 resulta, como lo afirma la sentencia, la prueba de que Méndez fue un trabajador subordinado, porque no actuó en la ejecución del contrato con autonomía, utilizó en su confección elementos entregados por los dueños o beneficiarios de la obra, y, además, no asumió los riesgos. Es decir, encontró el sentenciador debidamente comprobados los presupuestos que según el artículo 34 del Código excluyen la relación del trabajo personal del ámbito del contrato de obra, y, a la vez, los estructurales del contrato de trabajo.

7. De acuerdo con la jurisprudencia, no le basta al patrono negar el contrato laboral para quedar a cubierto de la sanción por mora; la negativa debe apoyarse en pruebas atendibles. Las aportadas al juicio por la parte demandada lo que demuestran no es el contrato de obra que alega, sino la relación de trabajo subordinada en que funda sus pretensiones el actor.

De lo expuesto se concluye que la sentencia estimó equivocadamente las pruebas de que se ha hecho mérito, incurriendo en el error de hecho de que la acusa el recurrente, y, por tanto, en violación del artículo 65.

El cargo prospera.

En atención a que el primer cargo persigue el mismo fin del segundo, carece de objeto su estudio.

Fallo de instancia.

El de primer grado, aunque halló demostrado el contrato laboral, absolvió a los demandados de todos los cargos que contra ellos formula la demanda de instancia, para lo cual se fundó en la consideración de no haberse acreditado por el actor el salario y el tiempo de servicio.

Sobre los puntos indicados, la sentencia de segunda instancia llegó a la conclusión contraria. En su concepto, se halla comprobado en el juicio la duración del contrato, el cual expiró el 19 de diciembre de 1959. Comparte la tesis del Juzgado *a quo,* en el sentido de que el actor no aportó la prueba del salario estipulado, pero acogió el mínimo legal, siguiendo al respecto el criterio de la jurisprudencia. Acerca de tales extremos, la estimación del fallador como lo resuelto con fundamento en ellos, es inmodificable en casación. Las consideraciones expuestas por la Sala en el examen del segundo cargo, demuestran que al terminar el contrato la parte demandada, sin razón justificable, se abstuvo del pago de deudas exigibles por cesantía y primas de servicio. Es, pues, el caso de dar aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Salario mínimo legal.

El vigente, para la fecha de expiración del contrato, es el señalado en los Decretos 2214 de 1956 y 118 de 1957.

El pertinente es el previsto en el artículo 1º, numeral 5º del Decreto 2214 ($ 4.50 diarios). Con el aumento ordenado por el decreto 118, su valor es el de $ 7.75 diarios. Con esta base salarial se hará la condena a la indemnización por mora de que trata el artículo 65.

A 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 recurrida en cuanto absuelve a la parte demandada de la indemnización por mora, revoca la de primer grado en el mismo sentido, y, en su lugar, la condena al pago de la suma de siete pesos setenta y cinco centavos ($ 7.75) diarios, desde el 19 de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve hasta la fecha en que cancele las obligaciones a su cargo por cesantía y primas de servicio. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. — PRESCRIPCION. — INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. — INDEMNIZACION MORATORIA. — COSTAS JUDICIALES. — VACACIONES. ACCIDENTE DE TRABAJO

1. Importancia de citar en la demanda de casación de manera completa las disposiciones violadas. — 2. No es la fecha en que se presenta la demanda, seguida de su notificación en debida forma, lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la fecha en que se realiza. — 3. Indemnización moratoria y casos en que el patrono puede ser eximido de la sanción por razones de equidad. — 4. Condena en costas y recurso de casación. 5. Dos modalidades que presenta el derecho a vacaciones. El derecho al descanso remunerado se hace exigible dentro del año siguiente al de prestación del servicio; el relativo a su compensación en dinero, desde la fecha en que termina la relación contractual de trabajo. Cómputo de la prescripción del derecho según se trate de una u otra modalidad. 6. Para declarar probada la excepción de prescripción es forzoso que el Juez investigue antes si el derecho a cuya prosperidad se opone, fue adquirido por el acreedor. Los derechos emanados del accidente de trabajo no nacen en la misma fecha, sino en momentos distintos, según su naturaleza. Accidente de trabajo y prescripción. — 7. Del accidente de trabajo emanan dos clases de obligaciones: en especie y en dinero. Para saber cuándo se hace exigible el derecho a las prestaciones monetarias, debe determinarse primero cuándo nacen a la escena jurídica las prestaciones en especie. Estas se hacen exigibles desde la fecha del accidente, el cual marca el inicial de la prescripción. El derecho a prestaciones en dinero por incapacidades depende de la terminación de la atención médica y de la clasificación de las incapacidades por los facultativos correspondientes. — 8. Derechos y obligaciones de las partes en el accidente de trabajo.

1. En su primer cargo la sociedad demandada acusa violación de los artículos 306 (prima de servicios) y 488 (prescripción) del Código Sustantivo del Trabajo, de manera directa, por aplicación indebida. En sustentación del cargo dice el acusador que la parte demandada propuso oportunamente la excepción de prescripción; que ésta se interrumpió el 9 de abril de 1958, fecha de la notificación de la demanda, que por consiguiente el actor sólo tiene derecho a exigir el pago de la prima con posterioridad al 10 de abril de 1955, y no desde el 10 de septiembre de 1954, como lo dispone la sentencia que se acusa...

Observa la Sala: las razones que expone el acusador demuestran que fue indebida la aplicación de los artículos 488 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, no es viable el cargo, porque en la decisión influyen no sólo las normas citadas, sino también las que en el Código Civil rigen la interrupción civil de la prescripción extintiva, contenidas en los artículos 2539 y 2524. Ello es así, porque no regulando la interrupción el estatuto laboral sustantivo, tienen aplicación, de acuerdo con el artículo 19, como derecho supletorio, los mencionados preceptos del Código Civil, cuya violación no acusa el impugnador. Para el caso la proposición jurídica viene a estar integrada por el grupo de normas de que se ha hecho mérito, pertenecientes al derecho común y al de trabajo, y no únicamente por las de éste, por lo cual aquélla resulta incompleta. La deficiencia que se anota impide la prosperidad del cargo.

2. No es la fecha en que se presenta la demanda, seguida de su notificación en debida forma, lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la fecha en que se realiza. Tal es la doctrina seguida por la Corte, tanto por su Sala de Casación Civil como por la Sala de Casación Laboral.

En efecto, la primera de ellas, en sentencia de 18 de octubre de 1921, mantenida después de modo uniforme, dijo lo siguiente: "Los artículos 421 del Código Judicial y 2524 del Civil, lejos de ser incompatibles entre sí, se complementan y se explican, y su espíritu es el mismo. El primero establece que la interrupción se origina de la notificación del traslado de la demanda, y esa es, manifiestamente, la sustancia del otro". (G. J., T. XXIX, 79).

Preceptuaba el artículo 421 del anterior Código Judicial, que son efectos de la notificación del traslado de una demanda, entre otros, la interrupción del tiempo para la prescripción de la acción o cosa demandada (numeral 2º).

Define el artículo 2524 del Código Civil la interrupción civil, diciendo que es todo recurso judicial intentado por quien se pretende dueño del bien contra el poseedor, advirtiendo que ni el autor del recurso puede alegar la prescripción en los casos que enumera. De ellos, el de su numeral 3º, dice: "Si la notificación de la demanda no se ha hecho en forma legal".

Aunque la norma transcrita se refiere a la prescripción de bienes corporales (muebles o inmuebles), se aplica a la liberatoria, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 2539, inciso último, del Código citado.

El Código Judicial en vigor no contiene precepto igual al del artículo 421 del anterior. Sin embargo, no sufre alteración la doctrina jurisprudencial que se comenta, porque como ella lo expresa, lo que quiere significar el artículo 2524 del Código Civil, en su numeral 3º, es que lo que produce la interrupción es la notificación de la demanda, colocando ese texto en la fecha en que se efectúa el acto procesal. No hace falta, por tanto, que la ley de procedimiento reglamente el punto.

Son tan numerosas las decisiones de la casación del trabajo en el mismo sentido de las que informan la casación civil, que resulta inoficioso hacer mérito de aquéllas.

La tesis expuesta tiene amplio respaldo, no sólo en las normas legales que se han dado a conocer, sino también en las del artículo 2513 del Código Civil. Según este ordenamiento, el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla agregando que el Juez no puede declararla de oficio. Huelga advertir que se trata aquí de la prescripción liberatoria, no de la prescripción como acción. Por consiguiente, para que el deudor pueda alegarla se requiere que el acreedor lo haya citado a juicio, dándole a conocer la demanda judicial, sea que con ésta se persiga la declaración de una obligación en proceso de reconocimiento o el pago de un crédito en proceso ejecutivo. Presentada la demanda, puede ocurrir que por falta de impulso procesal, ya del Juez, ora del actor, no llegue a conocimiento del demandado sino mucho tiempo después y que, entre tanto, haya corrido el plazo de la prescripción. Si el efecto interruptivo se retrotrae a la fecha de la presentación del libelo, alegada la excepción cuando se efectúe su notificación, no tendría ninguna consecuencia, pues por obra del primer acto la prescripción queda interrumpida. En el caso debatido, como en cualquier otro, presentada la demanda antes de transcurrir el lapso prescriptivo, podría notificarse mucho tiempo después, v. gr., cinco o diez años, lo cual no sería obstáculo para que produjera el efecto de interrumpir aún las prescripciones de corto tiempo, como la de tres años que, para el caso en estudio, señala la ley. Ante un resultado de tal significación la tesis del Tribunal es a todas luces inadmisible. Se presta para la subsistencia de litigios por tiempo indefinido, impide la consolidación de los derechos y conduce a la inseguridad jurídica, situaciones que el legislador quiso evitar al instituir la prescripción como modo de extinguir las obligaciones.

La tesis de que la interrupción se produce en la fecha de la presentación de la demanda puede ser aceptable en otras legislaciones, porque sus normas se presten para una interpretación en tal sentido, pero no en la nuestra, conforme a la clara inteligencia de sus ordenamientos.

El principio en referencia es el que propugna el expositor Raymundo M. Salvat en su tratado de derecho civil argentino dedicado a "Las Obligaciones en General" (3ª edición, págs. 872 y 873). "Se ha discutido —dice el autor— si la interrupción de la prescripción se producía por la sola interposición de la demanda o si era necesario que ella hubiese sido notificada. En nuestra opinión, basta la simple interposición de la demanda, porque el artículo 3986 dice simplemente que la prescripción se interrumpe por la demanda". Agrega que la ley no exige su notificación, por lo cual, debiendo ser interpretada estrictamente, tal requisito no puede ser agregado por vía de interpretación, ya que la sola interposición del libelo exterioriza la voluntad del poseedor o acreedor de ejercer su derecho, desapareciendo así el fundamento de la

prescripción, y porque la solución contraria implicaría exponer al poseedor o acreedor a la pérdida del derecho por omisiones o demoras en la notificación, que podría dilatarse por falta de celo y actividad del funcionario judicial.

La tesis del expositor es atendible, porque el artículo 3987 de la Ley Civil argentina dice que la interrupción de la prescripción, causada por la demanda (se subraya), se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia... o si el demandado es absuelto definitivamente.

La Ley citada no sólo le atribuye a la demanda el efecto de interrumpir la prescripción, sino que a diferencia de la nuestra no incluye, entre las causas que impiden la consumación del fenómeno, la consistente en que la notificación de la demanda no se haya hecho en legal forma, como lo dice el artículo 2524 —3º— del Código Civil.

El Código Civil italiano reglamenta la institución en forma semejante al nuestro en el artículo 2128, expresando que no hay interrupción si decae la eficacia de la demanda.

En el comentario que al tema dedica el tratadista Jorge Giorgi, de reconocida autoridad científica, expone:

"El segundo requisito que debe tener la demanda para interrumpir la prescripción es el de ser notificada al deudor. La necesidad de este requisito surge de los principios generales, porque la interrupción no obra sino de persona a persona, y, por lo tanto, supone notificación; emerge de las reglas del procedimiento porque toda citación ha de ser notificada; surge, por último, de los casos correlativos, porque hablando de embargos y de actos extrajudiciales el artículo 2125 quiere que sean intimados a la persona a la cual se quiere impedir el curso de la prescripción.

"El principio expuesto sobre la necesidad de la notificación, induce a concluír que la nulidad de ella, sea por incompetencia del funcionario judicial, sea por defecto de forma, despoja a la citación de toda eficacia interruptiva. Conclusión que también resulta del artículo 2128, donde la palabra intimación comprende no sólo los actos extrajudiciales, sino también la notificación del acto judicial". (Teoría de las Obligaciones, Tomo 8º, págs. 401 y 402).

La doctrina que se sustenta es la recibida por el legislador del trabajo, como se deduce con toda claridad de lo establecido en el artículo 489 del Código Sustantivo. Conforme a su texto, "el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente".

La exigencia de que el patrono reciba el reclamo demuestra que la pretensión del acreedor debe ser conocida por el deudor, y el hecho de disponer la norma que la segunda prescripción, esto es, la de tres años, establecida en el artículo 488 del mismo estatuto, comienza a partir del reclamo, corrobora el criterio de que el efecto interruptivo que contempla el artículo 2524 del Código Civil no se produce sino por obra de la notificación del auto admisorio de la demanda, y sólo en la fecha en que aquélla se realiza, ya que un acto ignorado por el deudor no puede ser aprovechado por el acreedor para impedir la pérdida del derecho pretendido en juicio. Con presentar la demanda no le pone término a su negligencia; debe prestarle al oficio judicial toda la colaboración posible para que llegue a conocimiento del deudor demandado el libelo en que ejercita el derecho, sin que valga argüir que la notificación es una actividad reservada al funcionario judicial, porque sin la colaboración del actor, aquélla no podría realizarse.

No sobran, por último, estas consideraciones:

La demanda se dirige al Juez, pero tiene también como destinatario al demandado. En proceso contencioso en que se ejercita la acción de condena, es el demandado y no el Juez el obligado a satisfacer las prestaciones correspondientes. Si aquél ignora las pretensiones del actor, no está en capacidad, ni de allanarse a la demanda ni, de consiguiente, aducir en su favor excepción alguna. La demanda es un acto de voluntad de quien pide a la justicia la tutela de un derecho, por lo cual debe ser conocida de quien por obra del proceso puede ser condenado a satisfacerlo.

De la relación procesal y no de la simple demanda se derivan los efectos que a tal fenómeno atribuyen las leyes. Entre los de índole sustantiva basta citar los contemplados a propósito de la acción reivindicatoria en los artículos 964, inciso 3º, y 966, inciso 1º, del Código Civil; y el que consagra el artículo 1960 de la misma obra, perteneciente al Título 25 de su Libro 4º, sobre cesión de derechos. Los efectos procesales de dicha relación dependen también de la notificación del libelo, como se infiere, entre otras normas, de las consignadas en los artículos 320, 321 y 325 del Código Judicial.

3. Según los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, si a la terminación

del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo las excepciones que contempla, sin influencia en el caso debatido, debe pagar al asalariado como indemnización lo que su primer inciso determina. Preceptúa el segundo, que si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando lo que confiese deber ante la autoridad que indica el precepto, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

En el juicio las partes no han discutido estos hechos, acreditados de manera plena: la existencia del contrato de trabajo y su expiración el 15 de agosto de 1955. También es extremo demostrado en el proceso el de que el patrono, con posterioridad a la terminación del contrato, consignó la suma que estimaba deberle al trabajador. En el estudio del último cargo la Sala llegó a la conclusión de que el depósito se efectuó el 6 de julio de 1956.

Con fundamento en los hechos expuestos, tanto el fallo de primer grado como el de segundo, condenaron a la sociedad al pago de la indemnización por mora, desde la fecha en que el contrato terminó hasta aquélla en que el patrono deudor hizo la consignación de las deudas a su cargo, derivadas de la relación contractual de trabajo.

Establecidos los presupuestos de hecho, constitutivos del derecho a la indemnización moratoria, forzoso era darle aplicación al ordenamiento legal que los rige. Al proceder así, mal pudo haber violado la sentencia el artículo 65, por ningún concepto.

Para la aplicación de la norma no se requiere, como lo entiende el recurrente, que el trabajador le reclame al patrono, al terminar el vínculo, las deudas a su favor, como tampoco la prueba de que el acreedor se negó a recibir la suma ofrecida por el deudor, ni la relativa a la mala fe de éste al demorar, sin justificación, el pago de las obligaciones.

Cuando no hay acuerdo sobre la cuantía de las deudas insolutas, o el trabajador se niega a recibir la suma en que el patrono las estima, le basta a éste, para librarse de la sanción moratoria, consignar, ante autoridad competente, el monto de lo debido, como lo dispone la previsión legal en examen. El procedimiento por ella establecido le pone término tanto al desacuerdo como a la negativa, en el supuesto de que sobre tales cuestiones se suscite, extraprocesalmente, controversia entre las partes.

Lo que ha dicho la jurisprudencia al fijar el alcance de la disposición legal en examen, es que si el patrono niega la convención laboral o derechos emanados de ella, y al juicio aduce pruebas para su demostración, de las cuales aparezca que su negativa es razonable, el fallador queda facultado a su prudente arbitrio, para exonerarlo de la sanción por mora. En ella ha visto una pena que, por tener esa significación, impone el estudio de la conducta del responsable, a intento de indagar si su resistencia a la observancia de la norma estuvo inspirada en la buena fe. Así ha logrado suavizar el rigor del mandato, conciliando la justicia con los dictados de la equidad.

4. El capítulo final del alegato pide, por una parte, que se exonere a la sociedad demandada de la condena en costas, y, por la otra, acusa el fallo del Tribunal porque la decisión en tal sentido viola el artículo 2º del Decreto 243 de 1951.

Se considera: casada la sentencia, la Corte, como Juez de instancia, decide lo que estime procedente sobre costas, imponiéndolas al vencido en todo o parte, o absteniéndose de hacerlo, sin que medie petición, en cumplimiento de mandatos de la ley procesal. En cuanto al ataque por quebrantos de la norma del Decreto ya citado, no es de recibo en casación, porque la resolución sobre costas es extraña a su esfera de acción, como lo tiene decidido la corporación en jurisprudencia reiterada y uniforme.

5. La cuestión que el cargo plantea se reduce a examinar en qué momento se hace exigible el derecho a la compensación en dinero por vacaciones causadas, deducido después de la terminación del contrato. Al respecto la Sala observa:

Dos modalidades presenta el derecho a las vacaciones: el descanso remunerado durante quince días hábiles y consecutivos, como regla general (artículo 186, inciso 1º, del C. S. T.); y la sustitución del descanso en tiempo por su equivalente en dinero, en estos casos: a) durante la vigencia del contrato, previa autorización del Ministerio del ramo, hasta por una suma equivalente a la mitad de las vacaciones, y b) expirado el contrato, por el valor total de las vacaciones, cuando el trabajador no ha hecho uso de ellas (art. 189, inciso 2º del mismo Código).

El derecho al descanso remunerado se hace exigible dentro del año siguiente al de prestación del servicio (art. 187, inciso 1º, de la ley laboral). Y el relativo a su compensación, desde la fecha en que termina la relación contractual de trabajo. No lo dice así expresamente el artículo 488 del Código, pero la lógica y el buen sentido llevan a tal conclusión. El momento de la exigibilidad no puede ser igual en las dos hipó-

tesis, porque ni el descanso remunerado es posible extinguido el contrato, ni su equivalente en dinero, salvo la excepción contemplada en el artículo 189, inciso 1º, puede otorgarse durante la vida de aquél.

Las dos obligaciones son de naturaleza distinta. La del descanso remunerado es específica y, por su índole, no puede ser satisfecha sino mientras subsista la relación de trabajo; la compensatoria, cuando no se disfrutó del descanso durante su vigencia, nace a la vida legal concluídas las relaciones jurídicas entre las partes. Si la fecha de la exigibilidad de la segunda obligación fuera idéntica a la de la primera, querría decir que la regla general no es el descanso en tiempo sino el pago de su equivalencia en dinero. Y tal conclusión es inaceptable, porque contraría la expresa prohibición contenida en el artículo 189, inciso 1º, del Código.

Al hecho probado en el juicio de que el contrato terminó el 15 de agosto de 1955, aplica la sentencia el artículo 488 como si se tratara de derecho al descanso en tiempo, pues como fecha de exigibilidad del que se reclama en el juicio (compensación en dinero por vacaciones causadas) toma la del primero de ellos, lo cual implica indebida aplicación de dicho precepto y del artículo 189 en su inciso 2º.

Por lo demás, se trata de un punto definido por la jurisprudencia. En efecto, el Tribunal Supremo, en el fallo que cita el recurrente, del 24 de febrero de 1950 (Gaceta del Trabajo, Tomo 5º, páginas 131 a 147), sienta la tesis, acogida por esta Sala de la corporación en varias decisiones, según la cual el derecho a la compensación pecuniaria se hace exigible al expirar el contrato. La providencia anota que es esa la doctrina recibida por el Tribunal, expuesta en sentencia del 24 de mayo de 1947, a la cual pertenecen los párrafos que se transcriben a continuación:

"Ya se ha visto que el derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabaja un año continuo, con el fin de que obtenga un adecuado descanso. Nace, pues, en el momento de cumplirse un año de labores. Y el derecho a compensar vacaciones en dinero es el que adquiere el asalariado cuando termina el contrato de trabajo sin que haya disfrutado de ese descanso. Nace, por lo tanto, cuando no se ha gozado de vacaciones, en el momento de extinguirse el contrato de trabajo.

"El derecho a descansar, a las vacaciones, es de carácter principal y el de compensarlas en dinero supletorio, porque sólo se otorga cuando aquél ya no puede ejercitarse o disfrutarse en su forma peculiar. Son de igual naturaleza porque nacen de hechos semejantes, principalmente del de haberse cumplido determinado tiempo de trabajo, aunque por su mismo carácter diverso de principal y subsidiario surgen a la vida jurídica en momentos diferentes. Aquél sólo existe cuando se cumple un año de trabajo y éste cuando no es posible obtener aquél por haberse extinguido el contrato.

"Por ser de naturaleza idéntica ambos derechos, se extinguen o prescriben en igual término, pero por nacer en momentos diferentes, la prescripción de ellos se cuenta, como es obvio, desde momentos también diversos, y termina, por consiguiente, en tiempos distintos".

El cargo prospera. En consecuencia, la Corte casará la sentencia para reconocer el derecho de que se trata en la forma y términos que se expresarán en la decisión de instancia.

6. Dice la sentencia en su parte motiva que el accidente de trabajo sufrido por el actor se produjo el 10 de agosto de 1952, y que como entre esa fecha y la de presentación de la demanda (10 de septiembre de 1957), el lapso transcurrido excedió de tres años, el derecho a la prestación en dinero deducido en el juicio está prescrito, conforme al artículo 488 del Código. En consecuencia, declaró probada la correspondiente excepción.

Como observaciones previas la Sala debe hacer las siguientes:

El Tribunal no hace ningún análisis sobre la existencia del accidente de trabajo, ni de los presupuestos en que se funda el derecho a las prestaciones en dinero que en favor del accidentado establece la ley.

No fue acertado el procedimiento adoptado por el sentenciador. Para declarar probada la excepción de prescripción es forzoso investigar antes si el derecho a cuya prosperidad se opone, fue adquirido por el acreedor. La excepción perentoria tiene por objeto destruír o aniquilar el derecho invocado en juicio por el demandante, de manera que para declararlo extinguido por prescripción es necesario examinar si aquél tuvo existencia, pues no fenece sino lo que ha tenido vida.

La primera actividad del juzgador, cuando en el juicio se deduce una acción de condena, como en el caso de autos, es estudiar si el derecho subjetivo alegado se halla tutelado por normas de derecho objetivo, si aquél se funda en hechos conducentes, articulados en la demanda, y a continuación, si las pruebas aportadas al juicio lo demuestran. Afirmada la existencia del derecho, se impone el examen de las excepciones pro-

puestas o alegadas y, en seguida, si se hallan o no probadas. En líneas generales, se ha trazado el esquema de la sentencia. Las conclusiones de su parte resolutiva quedan subordinadas al resultado de los juicios lógicos en que se apoya.

Los anteriores principios son simples explicaciones de preceptos normativos del enjuiciamiento, consagrados en el artículo 471 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral. Sin duda no lo ignora el Tribunal. Su olvido se debió posiblemente a la creencia errónea de que para aplicar el precepto legal sobre la prescripción bastaba la simple comparación de fechas, para concluir que si entre la del accidente y la de presentación del libelo, el término transcurrido era superior a tres años, procedía declarar probada la excepción de prescripción, sin que fuera necesario examinar las particularidades del caso debatido. El criterio fue equivocado, porque los derechos emanados del accidente de trabajo no nacen en la misma fecha, sino en momentos distintos, según su naturaleza.

7. La cuestión que plantea el acusador se reduce a investigar cuándo se hace exigible el derecho a la prestación en dinero por incapacidad permanente parcial reclamada en el juicio. Al respecto la Sala hace las siguientes consideraciones:

Del accidente de trabajo emanan dos clases de obligaciones, a saber: en especie y en dinero. Entre unas y otras existe íntima relación, no sólo porque tienen su fundamento en una misma causa jurídica (el accidente), sino porque las de orden pecuniario dependen de las prestaciones en especie. Por consiguiente, para saber cuándo se hace exigible el derecho a las prestaciones monetarias debe determinarse primero cuándo nacen a la esfera jurídica las prestaciones en especie.

Consagra las prestaciones en especie el artículo 204, numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo, así: asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, por el tiempo que se requiera, sin exceder de dos años.

Se hacen exigibles desde la fecha del accidente, el cual marca a la vez el inicial de la prescripción.

La conclusión que precede la respaldan normas del Código del Trabajo. Sus previsiones se enderezan, en primer término, a que se fije, con precisión, la fecha del accidente, y, en segundo, a que el trabajador lesionado reciba de inmediato los primeros auxilios.

En efecto: el estatuto le impone al trabajador la obligación de que dé aviso inmediato al patrono o a su representante, de la ocurrencia del accidente (art. 221); y al empleador, las siguientes: la de que bajo su firma o la de su representante dé noticia por escrito a la respectiva autoridad, entre otros hechos, de los relativos al día, hora y lugar del accidente, para efectos de la información en la controversia que por tal causa pueda sobrevenir (art. 220); prestarle al trabajador los primeros auxilios (art. 205); y proporcionarle, sin demora, la asistencia médica y farmacéutica necesaria (art. 206). Las normas citadas regulan la primera fase del accidente.

Reglamenta el Código una segunda fase, integrada por una prestación en dinero, consistente en el salario completo hasta por seis meses [literal a), numeral 2º del art. 204] y las prestaciones en especie ya mencionadas, que como se anotó, tienen una duración máxima de dos años.

Contempla por último el estatuto laboral, una tercera fase, la de prestaciones en dinero, graduadas según la correspondiente tabla de valuación, tomando en cuenta la calificación de la incapacidad, o, en su caso, el fallecimiento del accidentado [art. 204, literales b) a e) del numeral 2º].

Cuando de incapacidades se trata, corresponde su calificación al médico del patrono, que debe hacer terminada la atención médica [art. 217, literal b) del inciso 1º].

La misma previsión consagra el Decreto 832 de 1953 (art. 1º). De acuerdo con su texto, la calificación debe hacerla el médico del patrono "una vez que ello sea posible por haber terminado la atención médica completa".

En el caso de que el médico patronal se abstenga de clasificar la incapacidad, el acto puede ser cumplido por los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, y, en su defecto, por los médicos legistas [art. 204, literal b) del numeral 2º].

Del contenido de las normas legales en estudio se desprenden estas conclusiones: el derecho a las prestaciones en dinero por incapacidades, depende de los siguientes requisitos: de la terminación de la atención médica y de la clasificación de las incapacidades por los facultativos correspondientes.

La subordinación del primer acto (calificación de la incapacidad) a la ejecución del segundo (terminación de la atención médica), tiene una clara explicación: la atención médica puede conducir a la curación del paciente, y, en consecuencia, a eliminar las perturbaciones o lesiones ocasionadas por el accidente. Si la atención médica produce tal resultado, no hay lugar a calificar incapacidades, por sustracción de materia.

De lo expuesto se concluye que el derecho a

prestaciones en dinero, por incapacidades, se hace exigible desde que éstas se clasifiquen mediante examen médico, con sujeción a lo que sobre el particular disponen las normas legales y reglamentarias de que se ha hecho mérito.

8. La asistencia médica no puede prestarse en cualquier tiempo, porque, de ordinario, el tratamiento de las lesiones o perturbaciones que ocasiona el accidente no admite dilación.

Negada por el patrono la prestación específica, es razonable suponer que el paciente se la proporcione a sus expensas, o que acuda a un establecimiento de beneficencia. En el primer caso el trabajador tiene derecho a exigir el reembolso de los gastos, a título de perjuicio compensatorio, de acuerdo con normas bien conocidas del derecho común. Lo dicho debe entenderse sin perjuicio de la prescripción, si el deudor la alega.

En la hipótesis extrema de que el trabajador, negada por el patrono la asistencia médica, no haga uso de ninguno de los dos medios de que habla el punto anterior, puede exigirla judicialmente, o en su lugar la indemnización en dinero a título de perjuicio compensatorio. El derecho está sujeto, como en el caso del punto que precede, a la prescripción, si este medio extintivo de la obligación lo hace valer el deudor.

Tampoco puede pedirse la calificación de la incapacidad en cualquier tiempo, sino inmediatamente después de concluída la atención médica. Si el médico del patrono se niega a efectuar la clasificación, la ley autoriza al trabajador para exigir que el acto sea cumplido por los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, y, en su defecto, por los médicos legistas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiuno de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Luis Carlos Rivera, por medio de apoderado, llamó a juicio a la sociedad anónima denominada "Haciendas Remolino y Santiago", domiciliada en Bogotá, representada por uno de los suplentes del Gerente. Posteriormente, y en vista de que la compañía se había declarado disuelta, la acción se dirigió contra los liquidadores, señores Guillermo Ospina Fernández e Inés Calderón viuda de Plata. La demanda solicita la declaración de que entre Rivera y la sociedad existió un contrato de trabajo durante el tiempo corrido del 2 de enero de 1952 al 15 de agosto de 1955, y con base en ella pide que se condene a la compañía a pagarle las sumas de dinero que determinan las súplicas de la *intentio,* o se demuestren en el juicio, por estos conceptos: cesantía, vacaciones, primas de servicio, dominicales y festivos, prestaciones en dinero por accidente de trabajo, auxilios monetarios por enfermedad, perjuicios por lucro cesante y a título de indemnización moratoria, y para el caso de oposición, la condena en costas.

Dijo el demandante que trabajó al servicio de la sociedad, a órdenes del Gerente, como administrador de fincas de propiedad del patrono, situadas en Chaguaní, Beltrán y Guaduas (Cundinamarca), desde el 1º de enero de 1952 hasta el 15 de agosto de 1955, habiéndose convenido un salario en dinero de $ 180.00 mensuales; que también se pactó como parte del salario lo siguiente: alimentación y vivienda para él y su familia, que estima en $ 180.00 mensuales, y el derecho a 14 pastajes al mes, a $ 5.00 cada uno; que el 10 de agosto de 1952, durante la vigencia del contrato, al montar un caballo de la hacienda sufrió un accidente de trabajo, perdiendo la visibilidad de un ojo, con reducción de la visibilidad del otro; que laboró 186 domingos y 53 días festivos nacionales y religiosos; que hizo un reclamo amistoso de las deudas a su favor al representante de la compañía, sin ningún resultado; y que ésta no le ha cubierto ninguna de las prestaciones sociales que reclama.

Cita en apoyo de las pretensiones los artículos 22 a 29 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y el 17 de la Constitución.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral, el tiempo de servicios y el salario en dinero, y niega los demás hechos. Se opuso a sus pretensiones, y como excepciones perentorias adujo las de pago por consignación, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones y prescripción.

En primera instancia el juicio terminó por sentencia de fecha 9 de mayo de 1960, proferida por el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá. Su parte resolutiva, luego de declarar (numeral primero) la existencia del contrato de trabajo entre las partes, desde el 2 de enero de 1952 hasta el 15 de agosto de 1955, condena a la compañía a pagar al demandante (numeral segundo) lo siguiente: a) Por cesantía, $ 978.75; b) Por vacaciones, $ 135.00; c) Por primas de servicio, $ 135.00; d) Por salarios moratorios, $ 2.864.00. Dispone el numeral tercero que de las anteriores condenas se descuente la suma de $ 2.500.00 consignada por la sociedad, una vez que haya sido

retirada por el actor. El numeral cuarto la absuelve de los demás cargos; el quinto declara probada la excepción de prescripción "en cuanto a los derechos ocasionados con anterioridad al 10 de abril de 1955"; el sexto hace la declaración de que no están probadas las demás excepciones propuestas por la compañía, y el séptimo la condena en un 40% de las costas.

Apelaron ambas partes. La sentencia de segundo grado, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 27 de junio de 1960, confirma el fallo del *a quo* en los numerales primero y segundo, literales a) y d), y los numerales tercero, cuarto, sexto y séptimo; revoca el literal b) del numeral segundo y, en su lugar, absuelve a la compañía de la condena por vacaciones; modifica el literal c) del mismo numeral en el sentido de condenar a la sociedad al pago de $ 217.50 por primas semestrales; y modifica el numeral quinto, que sustituye por la declaración de estar probada la excepción de prescripción en cuanto a los derechos causados antes del 10 de septiembre de 1954. Se abstiene de la condena en costas.

Demandante y demandada interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido. Admitido aquí por la Sala y tramitado en legal forma, se pasa a decidir.

El recurso de la sociedad demandada.

Aspira a que la Corte case el fallo impugnado en cuanto condena a la sociedad a pagar a Luis Carlos Rivera la suma de $ 217.50 por primas de servicio y a la de $ 2.864.00 a título de indemnización moratoria, para que en fallo de instancia reduzca a $ 135.00 la condena por primas y revoque la concerniente a la indemnización por mora. Solicita, en subsidio, que la condena por salarios caídos se reduzca a $ 630.00, valor de los causados entre el 15 de agosto de 1955, fecha en que el contrato terminó, y el 26 de octubre del mismo año, fecha en que la sociedad consignó la suma que estimaba deberle al actor.

Formula cuatro cargos, que se estudian a continuación:

Primer cargo:

Acusa violación de los artículos 306 y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera directa, por aplicación indebida, porque la sentencia les dio operancia respecto de un hecho probado llegando a consecuencias contrarias a las prescritas en ellos.

En sustentación del cargo dice el acusador que la parte demandada propuso oportunamente la excepción de prescripción; que ésta se interrumpió el 9 de abril de 1958, fecha de la notificación de la demanda, a pesar de lo cual la sentencia declaró probada la excepción mencionada respecto a los derechos causados antes del 10 de septiembre de 1954, y, en tal virtud, modificó la condena del *a quo,* por primas de servicio, que fue de $ 135.00, haciéndola más gravosa para la sociedad, pues elevó la cuantía a la cantidad de $ 217.50; que si la notificación de la demanda se hizo el 9 de abril de 1958, el actor sólo tiene derecho a exigir el pago de la prima con posterioridad al 10 de abril de 1955, es decir, la correspondiente al 30 de junio de ese año, única que no se hallaba prescrita cuando se realizó el acto procesal de que se ha hecho mérito. A la anterior exposición precede el análisis de los artículos 306 y 488 del Código, diciendo, en relación con el primero, que las primas semestrales se hacen exigibles el último de junio la del primer semestre, y dentro de los primeros veinte días de diciembre la del segundo, y, con relación al artículo 488, que desde las fechas anotadas corre la prescripción de tres años que para la prestación señala el ordenamiento.

El opositor manifiesta que el recurrente toma como fecha inicial para el cómputo del término de la prescripción el 10 de abril de 1958, fecha de la notificación de la demanda, y no el 10 de septiembre de 1957, fecha de su presentación, que fue la adoptada por el Tribunal, en su concepto la más justa, por lo cual debe desecharse el cargo.

Se considera:

Son hechos probados en el juicio, que las partes no discuten, los siguientes: la existencia entre ellas de un contrato de trabajo, y su expiración el 15 de agosto de 1955; la presentación al Juzgado de la demanda inicial el 10 de septiembre de 1957; la notificación del auto admisorio el 9 de abril de 1958, y, por último, la proposición por la parte demandada de la excepción de prescripción en la debida oportunidad.

La tesis del Tribunal es la de que, interrumpe la prescripción del derecho a las primas, la presentación de la demanda, subordinada al requisito de que su notificación al demandado se haya hecho en legal forma. Consecuente con ese criterio, como fecha inicial de la prescripción señala el 10 de septiembre de 1957, día en que se presentó por el demandante el libelo promotor del juicio. Entre el 15 de agosto de 1955, fecha de expiración del contrato, y la que antes se anotó, no alcanzó a transcurrir el plazo de tres años, por lo cual el Tribunal estimó a cubierto de la prescripción la prima de servicio proporcional al tiempo trabajado en el segundo semestre de 1954

y la prima del primer semestre de 1955. Con base en el sistema que para computar la prescripción emplea la sentencia, condena a la sociedad al pago de las primas no prescritas.

Observa la Sala: las razones que expone el acusador demuestran que fue indebida la aplicación de los artículos 488 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, no es viable el cargo, porque en la decisión incluyen no sólo las normas citadas, sino también las que en el Código Civil rigen la interrupción civil de la prescripción extintiva, contenidas en los artículos 2539 y 2524. Ello es así porque no regulando la interrupción el estatuto laboral sustantivo, tienen aplicación, de acuerdo con su artículo 19, como derecho supletorio, los mencionados preceptos del Código Civil, cuya violación no acusa el impugnador. Para el caso, la proposición jurídica viene a estar integrada por el grupo de normas de que se ha hecho mérito, pertenecientes al derecho común y al de trabajo, y no únicamente por las de éste, por lo cual aquélla resulta incompleta. La deficiencia que se anota impide la prosperidad del cargo.

En vista de que el sistema empleado por el Tribunal para la aplicación de los textos legales sobre prescripción, no fue acertado, debe la Corte, por vía de doctrina, hacer las rectificaciones del caso.

No es la fecha en que se presenta la demanda, seguida de su notificación en debida forma, lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la fecha en que se realiza. Tal es la doctrina acogida por la Corte, tanto por su Sala de Casación Civil como por la de Casación Laboral.

En efecto, la primera de ellas, en sentencia del 18 de octubre de 1921, mantenida después de modo uniforme, dijo lo siguiente: "Los artículos 421 del Código Judicial y 2524 del Civil, lejos de ser incompatibles entre sí, se complementan y se explican, y su espíritu es el mismo. El primero establece que la interrupción se origina de la notificación del traslado de la demanda, y esa es, manifiestamente, la sustancia del otro". (G. J., XXIX, 79, 3ª).

Preceptuaba el artículo 421 del Código Judicial anterior que son efectos de la notificación del traslado de una demanda, entre otros, la interrupción del tiempo para la prescripción de la acción o cosa demandada (numeral 2º).

Define el artículo 2524 del Código Civil la interrupción civil, diciendo que es todo recurso judicial intentado por quien se pretende dueño del bien contra el poseedor, advirtiendo que ni el autor del recurso puede alegar la prescripción en los casos que enumera. De ellos, el de su numeral 3º, dice: "Si la notificación de la demanda no se ha hecho en forma legal".

Aunque la norma legal transcrita se refiere a la prescripción de bienes corporales (muebles o inmuebles), se aplica a la liberatoria, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 2539, inciso último, del Código citado.

El Código Judicial en vigor no contiene precepto igual al del artículo 421 del anterior. Sin embargo, no sufre alteración la doctrina jurisprudencial que se comenta, porque como ella lo expresa, lo que quiere significar el artículo 2524 del Código Civil, en su numeral 3º, es que lo que produce la interrupción es la notificación de la demanda, colocando ese texto en la fecha en que se efectúa el acto procesal. No hace falta, por tanto, que la ley de procedimiento reglamente el punto.

Son tan numerosas las decisiones de la casación del trabajo en el mismo sentido de las que informan la casación civil, que resulta inoficioso hacer mérito de aquéllas.

La tesis expuesta tiene amplio respaldo, no sólo en las normas legales que se han dado a conocer, sino también en las del artículo 2513 del Código Civil. Según este ordenamiento, el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, agregando que el Juez no puede declararla de oficio. Huelga advertir que se trata aquí de la prescripción liberatoria, no de la prescripción como acción. Por consiguiente, para que el deudor pueda alegarla se requiere que el acreedor lo haya citado a juicio, dándole a conocer la demanda judicial, sea que con ésta se persiga la declaración de una obligación en proceso de conocimiento o el pago de un crédito en proceso ejecutivo. Presentada la demanda, puede ocurrir que por falta de impulso procesal, ya del Juez, ora del actor, no llegue a conocimiento del demandado sino mucho tiempo después, y que, entre tanto haya corrido el plazo de la prescripción.

Si el efecto interruptivo se retrotrae a la fecha de la presentación del libelo, alegada la excepción cuando se efectúe su notificación, no tendría ninguna consecuencia, pues por obra del primer acto la prescripción queda interrumpida. En el caso debatido, como en cualquier otro, presentada la demanda antes de transcurrir el lapso prescriptivo, podría notificarse mucho tiempo después, v. gr., cinco o diez años, lo cual no sería obstáculo para que produjera el efecto de interrumpir aun las prescripciones de corto tiempo, como la de tres años que, para el caso en estudio, señala la ley. Ante un resultado de tal significación, la tesis del Tribunal es a todas luces inadmisible. Se presta para la subsistencia

de litigios por tiempo indefinido, impide la consolidación de los derechos y conduce a la inseguridad jurídica, situaciones que el legislador quiso evitar al instituír la prescripción como modo de extinguir las obligaciones.

La tesis de que la interrupción se produce en la fecha de la presentación de la demanda puede ser aceptable en otras legislaciones, porque sus normas se presten para una interpretación en tal sentido, pero no en la nuestra, conforme a la clara inteligencia de sus ordenamientos.

El principio en referencia es el que propugna el expositor Raymundo M. Salvat en su tratado de derecho civil argentino, dedicado a "Las Obligaciones en General" (tercera edición, págs. 872 y 873). "Se ha discutido —dice el autor— si la interrupción de la prescripción se producía por la sola interposición de la demanda, o si era necesario que ella hubiese sido notificada. En nuestra opinión, basta la simple interposición de la demanda, porque el artículo 3986 dice simplemente que la prescripción se interrumpe por demanda". Agrega que la ley no exige su notificación, por lo cual, debiendo ser interpretada estrictamente, tal requisito no puede ser agregado por vía de interpretación, ya que la sola interposición del libelo exterioriza la voluntad del poseedor o acreedor de ejercer su derecho, desapareciendo así el fundamento de la prescripción, y porque la solución contraria implicaría exponer al poseedor o acreedor a la pérdida del derecho por omisiones o demoras en la notificación, que podría dilatarse por falta de celo y actividad del funcionario judicial.

La tesis del expositor es atendible, porque el artículo 3987 de la ley civil argentina dice que la interrupción de la prescripción, *causada por la demanda* (se subraya), se tendrá por no sucedida si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia... o si el demandado es absuelto definitivamente.

La ley citada no sólo le atribuye a la demanda el efecto de interrumpir la prescripción, sino que, a diferencia de la nuestra, no incluye, entre las causas que impiden la consumación del fenómeno, la consistente en que la notificación de la demanda no se haya hecho en legal forma, como lo dice el artículo 2524-3 del Código Civil.

El Código Civil italiano reglamenta la institución en forma semejante al nuestro en el artículo 2128, expresando que no hay interrupción si decae la eficacia de la demanda.

En el comentario que al tema dedica el tratadista Jorge Giorgi, de reconocida autoridad científica, expone:

"El segundo requisito que debe tener la demanda para interrumpir la prescripción es el de ser notificada al deudor. La necesidad de este requisito surge de los principios generales, porque la interrupción no obra sino de persona a persona, y, por lo tanto, supone notificación; emerge de las reglas del procedimiento porque toda citación ha de ser notificada; surge, por último de los casos correlativos, porque hablando de embargos y de actos extrajudiciales el artículo 2125 quiere que sean intimados a la persona a la cual se quiere impedir el curso de la prescripción.

"El principio expuesto sobre la necesidad de la notificación, induce a concluír que la nulidad de ella sea por incompetencia del funcionario judicial, sea por defecto de forma despoja a la citación de toda eficacia interruptiva. Conclusión que también resulta del artículo 2128, donde la palabra intimación comprende, no sólo los actos extrajudiciales, sino también la notificación del acto judicial". (Teoría de las Obligaciones, t. 8º, págs. 401 y 402).

La doctrina que se sustenta es la recibida por el legislador del trabajo, como se deduce con toda claridad de lo establecido por el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo. Conforme a su texto, "el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente".

La exigencia de que el patrono reciba el reclamo demuestra que la pretensión del acreedor debe ser conocida por el deudor, y el hecho de disponer la norma que la segunda prescripción, esto es, la de tres años, establecida en el artículo 488 del mismo estatuto, comienza a partir del reclamo, corrobora el criterio de que el efecto interruptivo que contempla el artículo 2524 del Código Civil, no se produce sino por obra de la notificación del auto admisorio de la demanda, y sólo en la fecha en que aquélla se realiza, ya que un acto ignorado por el deudor no puede ser aprovechado por el acreedor para impedir la pérdida del derecho pretendido en juicio. Con presentar la demanda no le pone término a su negligencia; debe prestarle al oficio judicial toda la colaboración posible para que llegue a conocimiento del deudor demandado el libelo en que ejercita el derecho, sin que valga argüir que la notificación es una actividad reservada al funcionario judicial, porque sin la colaboración del actor, aquélla no podría realizarse.

No sobran, por último, estas consideraciones:

La demanda se dirige al Juez, pero tiene también como destinatario al demandado. En pro-

ceso contencioso en que se ejercita la acción de condena, es el demandado y no el Juez el obligado a satisfacer las prestaciones correspondientes. Si aquél ignora las pretensiones del actor, no está en capacidad ni de allanarse a la demanda, ni, de consiguiente, aducir en su favor excepción alguna. La demanda es un acto de voluntad de quien pide a la justicia la tutela de un derecho, por lo cual debe ser conocida de quien por obra del proceso puede ser condenado a satisfacerlo.

De la relación procesal y no de la simple demanda se derivan los efectos que a tal fenómeno atribuyen las leyes. Entre los de índole sustantiva basta citar los contemplados a propósito de la acción reivindicatoria en los artículos 964, inciso 3º, y 966, inciso 1º del Código Civil; y el que consagra el artículo 1960 de la misma obra, perteneciente al título 25 de su libro 4º, sobre cesión de derechos. Los efectos procesales de dicha relación dependen también de la notificación del libelo, como se infiere, entre otras normas, de las consignadas en los artículos 320, 321 y 325 del Código Judicial.

Cargos segundo, tercero y cuarto.

Todos acusan violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, aunque por motivos distintos. La razón anotada permite examinarlos conjuntamente.

Afirma el segundo cargo que la sentencia viola el precepto, por errónea interpretación.

En su desarrollo, dice el recurrente:

La sentencia parte de la base equivocada de que el ordenamiento opera automáticamente, a partir de la terminación del contrato, lo cual, en su concepto, no es así, pues para la aplicación de la norma se requiere el lleno de estos requisitos: que no se discuta la existencia del contrato; que el patrono confiese deber al trabajador alguna suma por salarios o prestaciones sociales; que el empleado se niegue a recibir la suma que le ofrece el patrono; que de algún modo se manifieste el desacuerdo entre las partes acerca de la suma ofrecida por el empleador; que no haya lugar a retención por mandato de la ley o voluntad del trabajador; que conocido por el patrono el rechazo por el empleado de la suma ofrecida por aquél, se abstenga deliberadamente o por malicia de consignarla ante funcionario competente.

Alega que si falta alguno de los requisitos enunciados no es aplicable el texto legal, por lo que, si la sentencia lo recibe, sufre quebranto por errónea interpretación.

Afirma el impugnador que Rivera no le reclamó al patrono el valor de sus prestaciones, ni se probó en el juicio que se hubiera negado a recibir la suma ofrecida por el empleador, por lo cual queda demostrada una causal de exoneración de la sanción prevista en el artículo 65. Dice que según la jurisprudencia, la sanción se aplica al patrono de mala fe que, sin justificación, retiene salarios y prestaciones sociales del empleado, mala fe que en el caso de autos no tuvo ocurrencia, porque la sociedad consignó la suma que estimaba deberle al empleado el 26 de octubre de 1955 (f. 99), que el demandado no ha cobrado por negligencia. Que la sanción por mora impuesta a la sociedad es injusta y estimula la mala fe del trabajador al procurarse con ella un enriquecimiento sin causa; que, con el fin de evitar esa injusticia, el Gobierno anterior al actual propuso una reforma del artículo 65 del Código, explicada por el Ministro del Trabajo en la exposición de motivos, transcrita por el acusador.

El tercer cargo acusa infracción directa del artículo 65, por aplicación indebida.

Su motivación es la siguiente:

No era procedente la condena a la indemnización por mora, porque el poder otorgado por el demandante a su apoderado no lo facultaba para pedirla, ni sobre el punto las decisiones de instancia contienen un pronunciamiento *extra petita*.

La acusación repite los argumentos del cargo anterior, según los cuales, la sanción por mora requiere, para su aplicación, previo desacuerdo de las partes sobre la cuantía de las deudas, o la negativa del empleado a recibir lo que le ofrece el patrono, extremos no acreditados en el juicio. Insiste en sostener que la sentencia, para aplicar el precepto, partió de la base de la mala fe patronal, que, por ministerio de la ley, no se presume.

El cuarto cargo acusa violación del artículo 65 de manera indirecta, a causa de error de hecho evidente en la estimación de una prueba.

La prueba mal estimada es el documento corriente al folio 99 vuelto del cuaderno principal. Según el recurrente, la consignación de que allí se da cuenta fue hecha por la sociedad el 26 de octubre de 1955 y no el 6 de julio de 1956, como lo afirma la sentencia. La sanción por mora, en su concepto, ha debido imponerse desde la expiración del contrato (15 de agosto de 1955) hasta el 26 de octubre del mismo año, y no hasta el 6 de julio de 1956. El valor de la indemnización, según lo expuesto, alcanza a la suma de $ 630.00 y no a la de $ 2.864.00.

El alegato del recurrente, en el último capítulo, pide que se revoque la condena parcial por costas que contiene el fallo de primer grado, confirmada por el Tribunal, que estima injusta e ilegal, y, de consiguiente, violatoria del artículo 2º del Decreto 243 de 1951.

La parte opositora replica los cargos en estos términos:

Es infundado el segundo, porque cuando no hay acuerdo sobre el monto de la deuda o el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple sus obligaciones consignando lo que confiese deber al empleado, como lo ordena el artículo 65.

El mismo concepto le merece el tercero, porque la deficiencia que le anota al poder otorgado por el demandante a su apoderado, observada por el Juez, quien declaró la nulidad de lo actuado con base en el artículo 448, numeral 2º del Código Judicial, fue allanada por el poderdante, según consta en el proceso.

Con relación al cuarto cargo, dice que la fecha cierta de la consignación ante la Caja Agraria no fue la del 26 de octubre de 1955 sino la de su recibo por el Juzgado del Circuito de Guaduas, es decir, el 6 de julio de 1956. Por tal razón, a la cual agrega la de que el Juez del Trabajo tiene facultad para estimar las pruebas libremente, pide que el cargo se desestime.

Se estudian los cargos:

La condena a la indemnización por mora la funda el Tribunal en estas consideraciones:

"Finalmente, prospera la indemnización moratoria porque de autos está probado que el contrato de trabajo terminó el 15 de agosto de 1955, y no obstante esto, la demandada sólo procedió a consignar lo que consideraba adeudarle al demandante el 6 de julio de 1956, sin que exista en el expediente prueba alguna tendiente a demostrar que la mora se debió a virtud de algunas de las causales exculpativas a que se contrae el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por lo tanto, la condena hecha por el *a quo* al estudiar este punto se ajusta a la realidad que arrojan los autos".

Por razones de orden lógico examina la Sala, en primer término, el cuarto cargo, por error de hecho.

La prueba mal estimada por el Tribunal, de la cual deriva el recurrente el error de hecho que acusa, es el documento del folio 99 vuelto.

Su copia de fecha 6 de julio de 1956 da fe de estos hechos: que en el juicio sobre oferta de pago por consignación promovido por la sociedad contra el demandante, aquélla consignó en la Caja Agraria la suma de $ 2.500.00 el 26 de octubre de 1955.

Pretende el recurrente que la fecha del depósito ante el establecimiento bancario (26 de octubre de 1955) se tome como fecha de la realización de ese acto ante el funcionario judicial, pasando por alto la que allí se anota (6 de julio de 1956).

La sola lectura del documento desautoriza la interpretación que de él hace el acusador. El artículo 65 dispone que la consignación de la suma de dinero a que se refiere se haga por el patrono ante el Juez del Trabajo o la primera autoridad política del lugar. En el asunto litigioso la consignación ante el funcionario judicial se efectuó el 6 de julio de 1956, fecha en que tuvo conocimiento de su realización. No puede tenerse en cuenta la fecha en que el acto se cumplió ante la entidad bancaria, porque no es ella el funcionario competente. Todo lo anterior sin reparar en la circunstancia de que el depósito se hizo en proceso contencioso, el de pago por consignación, distinto del regulado en el precepto legal en examen, de simple jurisdicción voluntaria, no sometido a controversia entre quien lo efectúa y su destinatario.

Por lo dicho no se recibe el cargo.

No es atendible el segundo cargo por errónea interpretación del artículo 65.

Según los términos de la norma, si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo las excepciones que contempla, sin influencia en el caso debatido, debe pagar al asalariado, como indemnización, lo que su primer inciso determina. Preceptúa el segundo, que si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando lo que confiese deber ante la autoridad que indica el precepto, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

En otro lugar de este fallo se anotó que en el juicio las partes no han discutido estos hechos, acreditados de manera plena: la existencia del contrato de trabajo y su expiración el 15 de agosto de 1955. También es extremo demostrado en el proceso el de que el patrono, con posterioridad a la terminación del contrato, consignó la suma que estimaba deberle al trabajador. En el estudio del último cargo la Sala llegó a la conclusión de que el depósito se efectuó el 6 de julio de 1956.

Con fundamento en los hechos expuestos, tanto el fallo de primer grado como el de segundo condenaron a la sociedad al pago de la indemnización por mora, desde la fecha en que el contrato terminó hasta aquella en que el patrono deudor hizo la consignación de las deudas a su cargo, derivadas de la relación contractual de trabajo.

Establecidos los presupuestos de hecho, constitutivos del derecho a la indemnización moratoria, forzoso era darle aplicación al ordenamiento legal que los rige. Al proceder así, mal pudo haber violado la sentencia el artículo 65, por ningún concepto.

Para la aplicación de la norma no se requiere, como lo entiende el recurrente, que el trabajador le reclame al patrono, al terminar el vínculo, las deudas a su favor, como tampoco la prueba de que el acreedor se negó a recibir la suma ofrecida por el deudor, ni la relativa a la mala fe de éste al demorar, sin justificación, el pago de las obligaciones.

Cuando no hay acuerdo sobre la cuantía de las deudas insolutas, o el trabajador se niega a recibir la suma en que el patrono las estima, le basta a éste, para librarse de la sanción moratoria, consignar, ante autoridad competente, el monto de lo debido, como lo dispone la previsión legal en examen. El procedimiento por ella establecido le pone término tanto al desacuerdo como a la negativa, en el supuesto de que sobre tales cuestiones se suscite, extraprocesalmente, controversia entre las partes.

Lo que ha dicho la jurisprudencia al fijar el alcance de la disposición legal en examen, es que si el patrono niega la convención laboral o derechos emanados de ella, y al juicio aduce pruebas para su demostración, de las cuales aparezca que su negativa es razonable, el fallador queda facultado a su prudente arbitrio, para exonerarlo de la sanción por mora. En ella ha visto una pena, que, por tener esa significación, impone el estudio de la conducta del responsable, a intento de indagar si su resistencia a la observancia de la norma estuvo inspirada en la buena fe. Así ha logrado suavizar el rigor del mandato, conciliando la justicia con los dictados de la equidad.

El criterio de la mala fe patronal no es el que inspira la doctrina jurisprudencial, sino el fenómeno contrario, ni el Tribunal afirma, como lo sostiene la acusación, que para aplicar el artículo 65 da por establecido el hecho de que el patrono obró de mala fe.

El reparo de que en el juicio no obra prueba del desacuerdo entre las partes sobre la cuantía de las deudas, de las ofertas de pago del acreedor al deudor, y de la reticencia de aquél en recibir lo que el patrono le hubiera ofrecido, envuelve la consideración sobre cuestiones de hecho, fuera del ámbito de violación de la ley de modo directo. Además, se trata de simples afirmaciones, sin ningún respaldo probatorio.

Por lo expuesto no se recibe el cargo.

En cuanto al ataque por aplicación indebida del artículo 65, de modo directo, la Sala observa:

La razón fundamental en que se apoya es la de que el poder otorgado por el demandante a su apoderado no lo facultaba para pedir la indemnización por mora.

No es atendible el reparo por deficiencias de orden técnico. En primer lugar, el ataque por vía directa excluye el examen de pruebas; en segundo, si el mandato judicial a que el acusador se refiere era deficiente, trataríase de una irregularidad de naturaleza procesal, regida por la ley de procedimiento, sin incidencia en casación.

Las demás razones que el cargo aduce para demostrar el quebranto del artículo 65, son iguales a las que presenta en sustentación del segundo, consideradas ya por la Sala al examinar éste.

No prospera el tercer cargo.

El capítulo final del alegato pide, por una parte, que se exonere a la sociedad demandada de la condena en costas, y, por la otra acusa el fallo porque la decisión en tal sentido viola el artículo 2º del Decreto 243 de 1951.

Se considera:

Casada la sentencia, la Corte, como Juez de instancia, decide lo que estime procedente sobre costas, imponiéndolas al vencido, en todo o parte, o absteniéndose de hacerlo, sin que medie petición de parte, en cumplimiento de mandatos de la ley procesal. No habiendo prosperado el recurso del demandado, nada hay que estatuír al respecto. En cuanto al ataque por quebranto de la norma del Decreto ya citado, no es de recibo en casación, porque la resolución sobre costas es extraña a su esfera de acción, como lo tiene decidido la corporación en jurisprudencia reiterada y uniforme.

El recurso de la parte demandante.

Persigue la quiebra del fallo de segundo grado, a fin de que la Corte, en el de instancia que deba sustituírlo, condene a la sociedad al pago de la indemnización en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas durante la vigencia del contrato, y al de la indemnización por accidente de trabajo.

Con base en la causal primera de casación formula cuatro cargos. El primero y el segundo acusan la sentencia por no haber condenado a la sociedad a la satisfacción de las dos obligaciones mencionadas. La legalidad de la decisión sobre tales extremos se examinará separadamente.

I. *Vacaciones.*

El primer cargo acusa violación de los artículos 488 y 189-2º del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

Para demostrarlo dice el acusador:

Según el artículo 189, una cosa es la prestación efectiva en descanso de las vacaciones por cada año de servicios, remuneradas con el salario ordinario que esté devengando el empleado el día en que comience a disfrutarlas, conforme al artículo 192 del Código, y otra la compensación en dinero de las vacaciones de que no ha gozado, derecho que adquiere a la terminación del vínculo. En tal caso, el salario para la compensación es el último devengado por el trabajador, como lo preceptúa el primero de los citados preceptos. El derecho a las vacaciones en tiempo se hace exigible al cumplimiento de cada año de servicios, y el relativo a su compensación en dinero al expirar el contrato. Tal es la doctrina sentada por la jurisprudencia.

En el caso de autos, el derecho a la compensación se hizo exigible el 15 de agosto de 1955, fecha en que el contrato terminó. Habiéndose notificado la demanda el 9 de abril de 1958, aquél no prescribió por no haber transcurrido entre las dos fechas el lapso prescriptivo. En consecuencia, la sentencia aplicó indebidamente el artículo 488, violación que la condujo a negar al trabajador el derecho consagrado en el artículo 189.

El opositor tacha el cargo de ineficaz, porque el artículo 488 no consagra el derecho a las vacaciones; que aun cuando acusa violación del 189, normativo del derecho a la compensación, no lo aplicó la sentencia, por lo cual no es acertado decir que su quebranto se produjo por aplicación indebida. En su concepto, no incurrió la sentencia en el error de juicio que le imputa el acusador, porque el derecho por vacaciones causadas no nace a la vida legal a la expiración del vínculo, ya que no lo preceptúa así el artículo 488.

Se considera:

Sobre el extremo de la litis a que el cargo se refiere, dice el Tribunal que como interrumpe la prescripción la demanda, siempre que ésta se haya notificado legalmente, la acción de vacaciones se halla prescrita, porque el libelo inicial se presentó el 10 de septiembre de 1957, sin que hubiera alcanzado a completarse un año de servicios entre la fecha de la terminación del contrato y el 10 de septiembre de 1954. En consecuencia, declaró probada la excepción de prescripción del derecho a la compensación en dinero por vacaciones causadas, revocando lo que al respecto decidió el fallo de primer grado.

Como se ve, para el Tribunal, el derecho a la compensación pecuniaria por vacaciones causadas durante la vigencia del contrato, reclamado después de su expiración, se hace exigible al cumplirse cada año de servicios, esto es, en forma idéntica a la que rige la exigibilidad del derecho al descanso en tiempo. Siguiendo ese criterio, toma como fecha del nacimiento de la obligación compensatoria, no la de expiración del vínculo (15 de agosto de 1955), sino la que, según sus cómputos, señala la terminación del último año de labores.

La cuestión que el cargo plantea se reduce a examinar en qué momento se hace exigible el derecho a la compensación en dinero por vacaciones causadas, deducido después de la terminación del contrato. Al respecto la Sala observa:

Dos modalidades presenta el derecho a las vacaciones: el descanso remunerado durante quince días hábiles y consecutivos, como regla general (art. 186, inciso 1º del C. S. T.); y la sustitución del descanso en tiempo por su equivalente en dinero, en estos casos: a) durante la vigencia del contrato, previa autorización del Ministerio del ramo, hasta por una suma equivalente a la mitad de las vacaciones, y b) expirado el contrato, por el valor total de las vacaciones, cuando el trabajador no haya hecho uso de ellas (art. 189, inciso 2 del mismo Código).

El derecho al descanso remunerado se hace exigible dentro del año siguiente al de prestación del servicio (art. 187, inciso 1 de la ley laboral). Y el relativo a su compensación, desde la fecha en que termina la relación contractual de trabajo. No lo dice así expresamente el artículo 488 del Código, pero la lógica y el buen sentido llevan a tal conclusión. El momento de la exigibilidad no puede ser igual en las dos hipótesis, porque ni el descanso remunerado es posible extinguido el contrato, ni su equivalente en dinero, salvo la excepción contemplada en el artículo 189, inciso 1º, puede otorgarse durante la vida de aquél.

Las dos obligaciones son de naturaleza distinta. La del descanso remunerado es específica y, por su índole, no puede ser satisfecha sino mientras subsista la relación de trabajo; la compensatoria, cuando no se disfrutó del descanso durante su vigencia, nace a la vida legal concluídas las relaciones jurídicas entre las partes. Si la fecha de exigibilidad de la segunda obligación fuera idéntica a la de la primera, querría decir que la regla general no es el descanso en tiempo sino el pago de su equivalente en dinero. Y tal

conclusión es inaceptable, porque contraría la expresa prohibición contenida en el artículo 189, inciso 1º del Código.

Al hecho probado en el juicio de que el contrato terminó el 15 de agosto de 1955, aplica la sentencia el artículo 488 como si se tratara del derecho al descanso en tiempo, pues como fecha de exigibilidad del que se reclama en el juicio (compensación en dinero por vacaciones causadas) toma la del primero de ellos, lo cual implica indebida aplicación de dicho precepto y del artículo 189 en su inciso 2º.

Por lo demás, se trata de un punto definido por la jurisprudencia. En efecto, el Tribunal Supremo, en el fallo que cita el recurrente, del 24 de febrero de 1950 (G. del T., Tomo 5º, págs. 131 a 147), sienta la tesis, acogida por esta Sala de la corporación en varias decisiones, según la cual el derecho a la compensación pecuniaria se hace exigible al expirar el contrato. La providencia anota que es esa la doctrina recibida por el Tribunal, expuesta en sentencia del 24 de mayo de 1947, a la cual pertenecen los párrafos que se transcriben a continuación:

"Ya se ha visto que el derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabaja un año continuo, con el fin de que obtenga un adecuado descanso. Nace, pues, en el momento de cumplirse un año de labores. Y el derecho a compensar vacaciones en dinero es el que adquiere el asalariado cuando termina el contrato de trabajo sin que haya disfrutado de ese descanso. Nace, por lo tanto, cuando no se ha gozado de vacaciones, en el momento de extinguirse el contrato de trabajo.

"El derecho a descansar, a las vacaciones, es de carácter principal, y el de compensarlas en dinero supletorio, porque sólo se otorga cuando aquél ya no puede ejercitarse o disfrutarse en su forma peculiar. Son de igual naturaleza porque nacen de hechos semejantes, principalmente del de haberse cumplido determinado tiempo de trabajo, aunque por su mismo carácter diverso de principal y subsidiario surgen a la vida jurídica en momentos diferentes. Aquél sólo existe cuando se cumple un año de trabajo y éste cuando no es posible obtener aquél por haberse extinguido el contrato.

"Por ser de naturaleza idéntica ambos derechos, se extinguen o prescriben en igual término, pero por nacer en momentos diferentes la prescripción de ellos se cuenta, como es obvio, desde momentos también diversos y termina, por consiguiente, en tiempos distintos".

El cargo prospera. En consecuencia, la Corte casará la sentencia para reconocer el derecho de que se trata en la forma y términos que se expresarán en la decisión de instancia.

II. *Prestaciones por accidente de trabajo.*

Los cuatro cargos acusan violación de la ley sustantiva, por los conceptos que se indican a continuación:

a) El primero afirma que la sentencia viola el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida del artículo 488, ibídem.

En sustentación del cargo dice el recurrente que el artículo 204 establece dos clases de prestaciones por accidente de trabajo: en especie y en dinero. Que las primeras se hacen exigibles al ocurrir el insuceso, y las segundas, determinada la incapacidad que le haya quedado al accidentado de acuerdo con la respectiva tabla de valuaciones. Que la prestación en dinero por incapacidad permanente parcial, de que trata el numeral 2º, literal b) del artículo 204, que es la reclamada en el juicio, fue definida mediante el dictamen pericial de 26 de noviembre de 1958 (f. 62), comenzando desde esa fecha el término de la prescripción. Agrega que no fue calificada antes la incapacidad por culpa del patrono; que debe ser graduada, terminada la atención médica, como lo ordena el artículo 217 del Código; que pudiendo presentarse controversias por la calificación que se haya hecho de la incapacidad, como lo dice el artículo 3º del Decreto 832 de 1953, la prescripción no puede comenzar a correr desde la fecha del accidente, porque podría demorarse el litigio, pudiendo darse el caso de que cuando termine haya prescrito la acción. Afirma que al aplicar la sentencia la prescripción con el criterio de que la exigibilidad de la prestación sobreviene al producirse el accidente, lo hizo en forma indebida, violando el artículo 204, literal b) de su numeral 2º. Concluye diciendo que demuestran el accidente el dictamen pericial del folio 62 y los testimonios obrantes en el juicio.

b) El segundo cargo acusa violación de los artículos 204, literal b), numeral 2º, 217, literal b), 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación.

En su apoyo dice el recurrente que en la indicada violación incurrió el Tribunal por haber sostenido que la prescripción comenzó a correr desde la fecha del accidente, por lo cual declaró prescrita la acción sobre prestación en dinero reclamada en el juicio; que la prescripción sólo opera respecto de un derecho debidamente terminado, como lo preceptúa el artículo 489, pero

como la incapacidad sólo vino a calificarse en el juicio, según el dictamen médico del folio 62, no habiéndose graduado antes por culpa del patrono, desde la fecha del dictamen (26 de noviembre de 1958) corre la prescripción.

c) El tercer cargo acusa violación del artículo 204, numeral 2º, literal b), por falta de aplicación, a causa de error de hecho proveniente de no haber estimado la sentencia el dictamen pericial del folio 62.

Si el fallo aprecia la prueba —dice el acusador— habría admitido que la prestación por accidente de trabajo se hizo exigible el 26 de noviembre de 1958, fecha del dictamen, y, en consencia, "las súplicas de la demanda relacionadas con esta indemnización hubieran tenido despacho favorable".

d) Violación de los artículos 22, 23, 61, 199, 204 y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación.

Sostiene el recurrente que la sentencia viola las normas citadas por haber entendido que la responsabilidad patronal se hereda con base en el Libro 4º Título 34 del Código Civil, por lo cual computó la prescripción a partir del accidente y no desde la fecha en que terminó el contrato: que surgiendo de éste la responsabilidad patronal y no de la culpa aquiliana, el artículo 488 de la Ley Laboral se debe interpretar en el sentido de que la prescripción empieza a correr desde que expira el vínculo y no desde que ocurre el accidente.

En la ampliación del cargo aduce este razonamiento:

Las prestaciones por accidente emanan del contrato de trabajo previsto en los artículos 22 y 23 del Código. Antes de la legislación francesa del siglo pasado, los accidentes de trabajo se indemnizaban con base en los artículos del Código Civil sobre culpa aquiliana. La aprobación de una legislación laboral, tanto en Europa como en América, significó el tránsito fundamental de la vieja concepción civilista, vinculada a la noción de culpa, a las nuevas teorías del derecho del trabajo, en gran parte influenciadas por el principio del riesgo creado. Promulgada la nueva legislación, al obrero se le decreta, por simples circunstancias de hecho, una indemnización automática, regulada por una tabla especial. En el primer caso la responsabilidad surge de la culpa aquiliana; en el segundo de la ley del trabajo. De éste surgen, por tanto, las prestaciones sociales, por lo cual la prescripción debe contarse desde que termina la relación laboral. Si la prescripción se funda en la negligencia del acreedor en el ejercicio de la acción, no puede considerarse en tal situación al obrero, porque hallándose bajo la dependencia del patrono durante la vigencia del contrato, resultaría extravagante exigirle que demandara al empresario, por lo cual es apenas natural que reserve el ejercicio de la acción terminada la relación jurídica con aquél. Concluye el cargo diciendo que la interpretación errónea de las normas condujo también a una violación del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, por falta de aplicación, pues si el Tribunal lo tiene en cuenta habría hecho una interpretación más clara del artículo 488 del Código, porque el de la 6ª precisa la diferencia entre las dos clases de culpa ya anotadas.

En su alegato de réplica la parte opositora solicita el rechazo de los cargos, porque, en su concepto, adolecen de los defectos de orden técnico que puntualiza. Sin embargo, los examina y los refuta en estos términos.

Dice, con referencia al primer cargo, que la prueba testimonial no demuestra el accidente de trabajo, porque la demanda inicial afirma que ocurrió el 10 de agosto de 1952 y los testigos manifiestan que se produjo entre el 13 y el 15 de febrero de ese año. En cuanto al dictamen médico, anota que no se estableció relación de causalidad entre el supuesto accidente y la incapacidad que Rivera padecía el 26 de noviembre de 1958; que la catarata de que habla la pericia se presenta a veces como enfermedad evolutiva, sin causas en lesiones traumáticas; que, además, aun suponiendo que la lesión hubiera tenido por causa el accidente, no es de forzosa aceptación para el fallador. Agrega que partiendo de la base de que el accidente ocurrió el 10 de agosto de 1952, el Tribunal no podía desconocer la evidencia de que entre esa fecha y la del fallo (27 de junio de 1960) transcurrió un término superior al fijado por la ley para la prescripción del derecho. Acerca de la fecha en que ésta comienza, expone: la inicial no es la del dictamen médico, como lo afirma el cargo, porque ni lo dispone así el artículo 488 ni está probado que hasta la presentación del dictamen el actor hubiera estado sometido a tratamiento médico, cuya duración no puede exceder de dos años, según el artículo 204; que si en el caso de autos el tratamiento hubiera tenido esa duración, el derecho también habría prescrito, porque entre la fecha del accidente y la de notificación de la demanda, descontados los dos años, el lapso corrido habría superado el de la prescripción. Refiriéndose al argumento de que la prescripción sólo opera respecto de un derecho determinado, anota que tal exigencia juega en relación con ese modo de extinción de las obliga-

ciones establecido en el artículo 489, pero no respecto del que contempla el 488.

Estima infundado el segundo cargo, porque no acusa el fallo por violación del artículo 488 sobre prescripción, sino el 204, que no regula ese fenómeno.

Para refutar el segundo cargo y el tercero da por reproducidas las razones expuestas al examinar el primero.

Se abstiene de contestar el cuarto, porque su objeto es relievar la versación jurídica del apoderado del demandante sobre el tema de la responsabilidad en la rama civil y la del trabajo, sin que la argumentación que aduce incida en la decisión acusada.

Se considera:

Dice la sentencia en su parte motiva que el accidente de trabajo sufrido por el actor se produjo el 10 de agosto de 1952, y que como entre esa fecha y la de presentación de la demanda (10 de septiembre de 1957), el lapso transcurrido excedió de tres años, el derecho a la prestación en dinero deducido en el juicio está prescrito, conforme al artículo 488 del Código. En consecuencia, declaró probada la correspondiente excepción.

Como observaciones previas la Sala debe hacer las siguientes:

El Tribunal no hace ningún análisis sobre la existencia del accidente de trabajo, ni de los presupuestos en que se funda el derecho a las prestaciones en dinero que en favor del accidentado establece la ley.

No fue acertado el procedimiento adoptado por el sentenciador. Para declarar probada la excepción de prescripción es forzoso investigar antes si el derecho a cuya prosperidad se opone, fue adquirido por el acreedor. La excepción perentoria tiene por objeto destruír o aniquilar el derecho invocado en juicio por el demandante, de manera que para declararlo extinguido por prescripción es necesario examinar si aquél tuvo existencia, pues no fenece sino lo que ha tenido vida.

La primera actividad del juzgador, cuando en el juicio se deduce una acción de condena, como en el caso de autos, es estudiar si el derecho subjetivo alegado se halla tutelado por normas de derecho objetivo, si aquél se funda en hechos conducentes, articulados en la demanda, y a continuación, si las pruebas aportadas al juicio lo demuestran. Afirmada la existencia del derecho, se impone el examen de las excepciones propuestas o alegadas, y, en seguida, si se hallan o no probadas. En líneas generales, se ha trazado el esquema de la sentencia. Las conclusiones de su parte resolutiva quedan subordinadas al resultado de los juicios lógicos en que se apoye.

Los anteriores principios son simples explicaciones de preceptos normativos del enjuiciamiento, consagrados en el artículo 471 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral. Sin duda no lo ignora el Tribunal. Su olvido se debió posiblemente a la creencia errónea de que para aplicar el precepto legal sobre la prescripción bastaba la simple comparación de fechas, para concluír que si entre la del accidente y la de presentación del libelo el término transcurrido era superior a tres años, procedía declarar probada la excepción de prescripción, sin que fuera necesario examinar las particularidades del caso debatido. Como en seguida se verá, el criterio fue equivocado, porque los derechos emanados del accidente de trabajo no nacen en la misma fecha, sino en momentos distintos, según su naturaleza.

Es ahora oportuno el examen de los cargos:

Las razones que sustentan el primero son iguales a las que expone el segundo, por lo cual la Sala los estudia conjuntamente.

La cuestión que plantea el acusador se reduce a investigar cuándo se hace exigible el derecho a la prestación en dinero por incapacidad permanente parcial reclamada en el juicio.

Al respecto la Sala hace las siguientes consideraciones:

Del accidente de trabajo emanan dos clases de obligaciones, a saber: en especie y en dinero. Entre unas y otras existe íntima relación, no sólo porque tienen su fundamento en una misma causa jurídica (el accidente), sino porque las de orden pecuniario dependen de las prestaciones en especie. Por consiguiente, para saber cuándo se hace exigible el derecho a las prestaciones monetarias, debe determinarse primero cuándo nacen a la escena jurídica las prestaciones en especie.

Consagra las prestaciones en especie el artículo 204, numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo, así: asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, por el tiempo que se requiera, sin exceder de dos años.

Se hacen exigibles desde la fecha del accidente, el cual marca a la vez el inicial de la prescripción.

La conclusión que precede la respaldan normas del Código del Trabajo. Sus previsiones se enderezan, en primer término, a que se fije, con precisión, la fecha del accidente, y, en segundo, a que el trabajador lesionado reciba de inmediato los primeros auxilios.

En efecto, el estatuto le impone al trabajador la obligación de que dé aviso inmediato al patrono o a su representante, de la ocurrencia del accidente (art. 221); y al empleador las siguientes: la de que bajo su firma o la de su representante dé noticia por escrito a la respectiva autoridad, entre otros hechos, de los relativos al día, hora y lugar del accidente, para efectos de la información en la controversia que por tal causa pueda sobrevenir (art. 220); prestarle al trabajador los primeros auxilios (art. 205), y proporcionarle, sin demora, la asistencia médica y farmacéutica necesaria (art. 206).

Las normas citadas regulan la primera fase del accidente.

Reglamenta el Código una segunda fase, integrada por una prestación en dinero, consistente en el salario completo hasta por seis meses [literal a), numeral 2º del art. 204] y las prestaciones en especie ya mencionadas, que, como se anotó, tienen una duración máxima de dos años.

Contempla, por último, el estatuto laboral, una tercera fase, la de prestaciones en dinero, graduadas según la correspondiente tabla de valuaciones, tomando en cuenta la calificación de la incapacidad, o, en su caso, el fallecimiento del accidentado [art. 204, literales b) a e) del numeral 2º].

Cuando de incapacidades se trata, corresponde su calificación al médico del patrono, que debe hacer, terminada la atención médica [art. 217, literal b) del inciso 1º].

La misma previsión consagra el Decreto 832 de 1953 (art. 1º). De acuerdo con su texto, la calificación debe hacerla el médico del patrono "una vez que ello sea posible por haber terminado la atención médica completa".

En el caso de que el médico patronal se abstenga de clasificar la incapacidad, el acto puede ser cumplido por los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene industrial, y, en su defecto, por los médicos legistas [art. 204, literal b) del numeral 2º].

Del contenido de las normas legales en estudio, se desprenden estas conclusiones: el derecho a las prestaciones en dinero por incapacidades depende de los siguientes requisitos: de la terminación de la atención médica y de la clasificación de las incapacidades por los facultativos correspondientes.

La subordinación del primer acto (calificación de la incapacidad) a la ejecución del segundo (terminación de la atención médica) tiene una clara explicación: la atención médica puede conducir a la curación del paciente, y, en consecuencia, a eliminar las perturbaciones o lesiones ocasionadas por el accidente. Si la atención médica produce tal resultado, no hay lugar a calificar incapacidades por sustracción de materia.

De lo expuesto se concluye que el derecho a prestaciones en dinero por incapacidades se hace exigible desde que éstas se clasifiquen mediante dictamen médico, con sujeción a lo que sobre el particular disponen las normas legales y reglamentarias de que se ha hecho mérito.

Tomando en cuenta el régimen legal normativo de los derechos derivados del accidente de trabajo, es oportuno el examen de la acusación en el fondo:

1. El reparo que hace la parte opositora demandada, consistente en que no se probó en el juicio el accidente de trabajo, es inatendible. La apreciación contraria del Tribunal debe quedar en pie, pues aquélla no la impugnó en casación, ni para destruírla pueden tomarse en cuenta los argumentos que contra ella aduce su apoderado en el alegato de réplica al recurso de casación del demandante.

2. El derecho a la prestación en dinero por incapacidad permanente parcial se hace exigible en la fecha de su calificación por el facultativo correspondiente, por las razones que sobre el punto ha expuesto la Sala. Por tanto, al haber tomado la sentencia la del día en que ocurrió el accidente de trabajo, aplicó indebidamente el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, no prosperan los cargos en examen por los motivos que se exponen a continuación.

3. El derecho de que se trata se funda en estos hechos: accidente de trabajo, prestación y conclusión de la asistencia médica hasta por dos años, y subsiguiente calificación de la incapacidad.

4. Sobre los presupuestos expresados la situación procesal es la siguiente:

Accidente de trabajo.

La demanda inicial (hecho 10) afirma que el 10 de agosto de 1952 el actor sufrió un accidente de trabajo, que tuvo estas consecuencias: la pérdida de la visibilidad de un ojo y la reducción de la visibilidad del otro.

El accidente es hecho demostrado en el juicio, según el Tribunal.

Asistencia médica.

No hay prueba en autos de que el patrono la hubiera prestado, ni la demanda de instancia aduce entre sus fundamentos de hecho inejecu-

ción de esta obligación por parte del patrono. Aquélla deduce el derecho a la prestación en dinero que reclama del simple accidente.

Clasificación de la incapacidad.

Con base en el accidente, sin la comprobación de haber terminado la atención médica, la medicina industrial calificó la incapacidad del trabajador, según dictamen del 26 de noviembre de 1958 (f. 62).

De los tres presupuestos que configuran el derecho a la prestación en dinero por incapacidad, fue acreditado en el juicio el primero; no lo fue el segundo por no haberse alegado ni debatido en el proceso. Respecto del tercero, se adujo al juicio prueba para acreditarlo, sin sujeción a la ley.

Ahora bien, para la fecha de la notificación de la demanda (9 de abril de 1958) había prescrito el derecho a la asistencia médica, toda vez que habiendo ocurrido el accidente el 10 de agosto de 1952, el lapso transcurrido entre las dos fechas supera el de tres años fijado por la ley para la prescripción. Subordina la prestación en dinero a la satisfacción de la obligación específica, extinguida ésta por prescripción, no era ya legalmente posible el reconocimiento de aquél.

5. La asistencia médica no puede prestarse en cualquier tiempo, porque, de ordinario, el tratamiento de las lesiones o perturbaciones que ocasiona el accidente no admite dilación.

6. Negada por el patrono la prestación específica, es razonable suponer que el paciente se la proporcione a sus expensas, o que acuda a un establecimiento de beneficencia. En el primer caso el trabajador tiene derecho a exigir el reembolso de los gastos, a título de perjuicio compensatorio, de acuerdo con normas bien conocidas del derecho común. Lo dicho debe entenderse sin perjuicio de la prescripción, si el deudor la alega.

7. En la hipótesis extrema de que el trabajador, negada por el patrono la asistencia médica, no haga uso de ninguno de los dos medios de que habla el punto anterior, puede exigirla judicialmente, o, en su lugar, la indemnización en dinero a título de perjuicio compensatorio. El derecho está sujeto, como en el caso del punto que precede, a la prescripción, si este medio extintivo de la obligación lo hace valer el deudor.

8. Tampoco puede pedirse la calificación de la incapacidad en cualquier tiempo, sino inmediatamente después de concluída la atención médica.

Si el médico del patrono se niega a efectuar la clasificación, ya se ha visto que la ley autoriza al trabajador para exigir que el acto sea cumplido por los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, y, en su defecto, por los médicos legistas.

Alega el acusador que por culpa del patrono no fue calificada la incapacidad y que, por tal motivo, fue necesario la ejecución de ese acto en el proceso. A lo cual observa la Sala: no fue hecho aducido en el juicio el de que el actor hubiera pedido al facultativo patronal la clasificación de la incapacidad, y éste se hubiera negado a realizarla. Por tal motivo no adujo ninguna prueba en tal sentido. No habiendo sido planteada ni discutida esta cuestión en las instancias, su alegación en casación es inadmisible.

9. El tercer cargo no es aceptable. El dictamen pericial del folio 62 no era estimable sin la previa comprobación de haber terminado la atención médica, de acuerdo con las razones ya expuestas. Por tanto, la sentencia no incurrió en el error de hecho que alega la acusación por inestimación de la pericia médica.

10. Respecto del cuarto cargo, observa la Sala: no sostiene el *ad quem* que las prestaciones derivadas del accidente de trabajo tienen por causa la culpa aquiliana, ni toma en consideración las normas del Código Civil relativas a la responsabilidad por culpa, como lo afirma el acusador. En consecuencia, mal ha podido violar los preceptos legales que aquél cita por errónea interpretación. La sentencia declaró prescrito el derecho de que se ha venido haciendo mérito con fundamento en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se refiere a la prescripción de las acciones correspondientes a los derechos regulados en el citado estatuto, es decir, a los que reconoce la legislación del trabajo exclusivamente. Los argumentos del acusador son, pues, extraños a las razones que sustentan la decisión recurrida. No prospera el cargo.

Fallo de instancia.

La demanda inicial, en el literal b) de la petición segunda, solicita que se condene a la sociedad al pago de vacaciones por tres años, y fija su valor en la suma de $ 540.00.

La mencionada pieza, en sus fundamentos de hecho, afirma que el tiempo servido por el demandante comprendió el período del 2 de enero de 1952 al 15 de agosto de 1955, y, en cuanto al salario, que el devengado por aquél al expirar el vínculo fue el de $ 180.00 en dinero y $ 180.00

en especie. La respuesta al libelo acepta el primer hecho y la remuneración en dinero. El representante de la sociedad en posiciones confiesa que la asignación, computando las dos formas del salario, alcanzó a la suma de $ 270.00. Fue ésta la acogida por los falladores de instancia para la liquidación de las obligaciones que estimaron procedentes. La Sala tomará esa base salarial para la condena por vacaciones a que haya lugar.

Al examinar la demanda de casación de la parte demandante (segundo cargo), la Sala llegó a la conclusión de que el derecho a la compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas durante la vigencia del contrato, de trabajo, nació para el actor el 15 de agosto de 1955, fecha de expiración del vínculo. El tiempo servido fue el de 3, años 7 meses, 13 días. Adquirió, pues, el derecho a las vacaciones durante el período de tres años, conforme a la ley.

La sociedad propuso la excepción de prescripción. El auto admisorio de la demanda le fue notificado a su representante el 9 de abril de 1958. Entre la fecha en que el contrato de trabajo se extinguió y la de ejecución del indicado acto procesal no alcanzó a transcurrir el término de tres años, señalado por la ley para su prescripción.

El fallo de primer grado que, sobre el punto sigue la misma orientación del de segundo en cuanto sitúa la exigibilidad de la obligación en el momento de cumplirse cada año de servicios, estimó a cubierto de la prescripción las vacaciones correspondientes al último año únicamente, declarando prescritas las causadas antes del 10 de abril de 1955. Al respecto se reformará dicha providencia en los términos que resultan de la precedente motivación, es decir, aumentando la condena hasta el importe de los tres años que la demanda inicial solicita, y declarando no probada la excepción de prescripción. Su valor con base en el salario antes indicado es la suma de $ 410.00, de conformidad con las respectivas disposiciones legales.

A 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 recurrida en cuanto a lo dispuesto por ella en el numeral 3º de su parte resolutiva, revoca la de primer grado en cuanto declara probada la excepción de prescripción respecto del derecho a la compensación en dinero por vacaciones causadas antes del 10 de abril de 1955, como lo expresa su numeral quinto; reforma el literal b) del numeral segundo, y, en su lugar, fija en cuatrocientos diez pesos ($ 410.00) el valor de la condena allí señalada. Y declara no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada en relación con el derecho antes mencionado. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso de casación.

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.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. — INDEMNIZACION MORATORIA

Según doctrina recibida por la jurisprudencia, puede el juzgador exonerar al patrono de la sanción por mora, cuando éste niega el contrato laboral u obligaciones derivadas de él con razones justificadas, de las cuales se deduzca que su conducta estuvo inspirada en la buena fe, siempre que allegue al proceso pruebas atendibles al respecto.

Como se ve, sustentan la doctrina fundamentos de hecho, de manera que cuando la sentencia estima que por no haberlos acreditado el patrono debe soportar la sanción por mora, la acusación, para su eficacia, debe formularse por violación indirecta de la norma, a través de errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, o por no haber sido apreciadas. Según lo expuesto, en tal caso no cabe la censura contra el fallo por violación de la norma de modo directo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticuatro de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Hernando Medina Hernández llamó a juicio a la Beneficencia de Cundinamarca, domiciliada en Bogotá, representada por su Síndico-Gerente, para que por sentencia fuera condenada a pagarle las siguientes sumas de dinero: a) $ 982.06 por reajuste de salarios o, en subsidio, la misma cantidad, con base en lo dispuesto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo; b) $ 94.50 también por reajuste de salario; c) $ 319.10 por trabajo parcial en domingos y festivos; d) $ 113.40 por trabajo en horas extras; e) $ 114.05 por reajuste de cesantía; f) $ 46.11 por reajuste de la Prima de Navidad de 1957; g) $ 43.67 por reajuste de la prima de 1958; h) $ 29.50 por reajuste de la compensación en dinero por vacaciones de un año; i) $ 10.40 diarios a título de indemnización moratoria, desde el 26 de mayo de 1958 hasta la cancelación de las deudas insolutas, y j) las costas del juicio.

En síntesis, los hechos fundamentales de la demanda son los siguientes:

Medina Hernández celebró un contrato de trabajo con la Beneficencia para el desempeño del cargo de Portero del Hospital de San Juan de Dios, que comenzó a ejecutarse el 29 de mayo de 1957. El sueldo convenido fue el de $ 280.00 mensuales, según documento en poder del patrono, y la tarjeta de kárdex de su Oficina de Personal. En la inspección ocular practicada extrajuicio se encontró que en la tarjeta del kárdex se había corregido una cifra del sueldo del demandante, figurando en ella el de $ 200.00, y un contrato de trabajo consignado en documento de 29 de mayo de 1957, en el cual aparece estipulado un salario mensual de $ 280.00. Antes de la corrección la tarjeta anotaba un sueldo de $ 280.00, como lo observaron varias personas, entre otras, Félix Cuervo y Efraím Leguízamo.

El patrono, desconociendo lo pactado, rebajó unilateralmente el sueldo a $ 200.00 mensuales, según consta en resolución del 10 de junio de 1957. Con base en esa asignación, la empresa aumentó la cuantía en un 15%, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 118 de 1957, lo cual dio la cifra de $ 230.00. Si hubiera tomado en cuenta el salario pactado, su importe, con el aumento, habría sido de $ 312.00. Medina Hernández le reclamó a la Beneficencia la disminución del salario ante la Inspección del Trabajo, negándose ésta a reconocerle el convenido contractualmente.

El patrono dio por terminado el contrato según carta del 22 de mayo de 1958, por vencimiento del plazo presuntivo. El sueldo que la Beneficencia pagaba a sus Porteros cuando ingresó a su servicio el demandante era el de $ 280.00; todos ejecutaban la misma labor, en condiciones de eficiencia iguales. Por convención colectiva del 5 de marzo de 1958, el sueldo del personal de la Beneficencia tuvo un aumento del 10% a partir del 1º de junio de 1957, que aquélla le reconoció al actor con base en el sueldo de $ 200.00 y no el de $ 280.00. Por razón de sus funciones, el empleado trabajó dos horas y media en domingos y demás días festivos durante la vigencia del contrato, y, además, 70 horas

extras. La Beneficencia le pagó al demandante la cesantía con base en el sueldo disminuído, sin imputar lo correspondiente al trabajo en domingos y festivos, y el prestado en horas extras, como el causado por concepto de primas de Navidad. Tomando en cuenta el sueldo rebajado, el patrono le pagó al actor las primas de Navidad de 1957 y 1958 y la compensación en dinero por vacaciones durante un año. Si para las liquidaciones la empresa se hubiera ajustado al sueldo real, le habría pagado al actor lo que le correspondía. Por no haber procedido así, quedó a deberle las cantidades que precisa la parte petitoria de la demanda. La vía administrativa quedó agotada, pues la Beneficencia negó los derechos mencionados por medio de la Resolución 156 de febrero de 1959, contra la cual no prosperaron los recursos interpuestos contra ella.

La respuesta a la demanda se opone a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, negó su mayor parte, expresando que no le constaban a la Beneficencia los demás. Acepta el contrato laboral con el actor, pero el pactado verbalmente, iniciado el 29 de mayo de 1957, con sueldo de $ 200.00 mensuales. Afirma que el consignado por escrito, en el cual aparece un sueldo de $ 280.00, lleva únicamente la firma del trabajador.

El juicio siguió su curso de acuerdo con el trámite legal. Culminó en primera instancia por sentencia de fecha 10 de junio de 1960, dictada por el Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá. La Resolución (numeral primero) absuelve a la Beneficencia de las peticiones contenidas en los literales a), b), c), e), f), g), h), i) y j) de la demanda. Su numeral segundo condena a la nombrada entidad a pagar al demandante la suma de $ 73.50, por concepto de horas extras. No hace condena en costas.

Apeló la parte demandante.

Decidió el recurso de alzada en segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia del 29 de agosto de 1960. El fallo del *ad quem* revoca el numeral primero del proferido por el inferior, y, en su lugar, condena a la Beneficencia a pagar a Medina Hernández lo siguiente: a) $ 981.77 por reajuste de salarios; b) $ 57.43 por reajuste de cesantía; c) $ 13.33 por reajuste de Prima de Navidad de 1957; d) $ 33.68 por reajuste de la prima de 1958; e) $ 29.50 por reajuste de compensación de vacaciones, y f) $ 10.40 diarios a título de indemnización por mora, desde el 29 de mayo de 1958 hasta cuando el patrono pague al trabajador los salarios y prestaciones mencionados (numeral 1º). El numeral 2º confirma el ordinal segundo del fallo apelado. El 3º revoca el ordinal 3º del mismo y, en su lugar, condena a la Beneficencia en un 80% de las costas, absteniéndose de la misma condena en el segundo grado.

Interpuso el recurso de casación la parte demandada, que le fue concedido por el Tribunal. Admitido aquí y debidamente preparado, se pasa a decidir.

El recurso.

Se propone la quiebra del fallo de segundo grado en sus numerales 1º y 3º y la confirmación del de primera instancia.

Invoca la primera causal de casación.

Formula tres cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo. Acusa violación de los artículos 249, 306 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo, por errores de hecho, a causa de apreciación equivocada de unas pruebas y falta de estimación de otras.

El cargo enuncia tres errores de hecho, así:

Primer error. La sentencia apreció e interpretó equivocadamente el documento del folio 38.

Dice el recurrente que el fallo vio en el documento un verdadero contrato, siendo apenas un proyecto, porque lleva únicamente la firma de Hernando Medina pero no la del representante de la Beneficencia. Que el hecho de haber sido encontrado en los archivos de la entidad y el de haberlo acompañado con la respuesta a la demanda, no le da el valor de prueba en su contra, porque siempre lo desconoció. El acto en referencia es un formulario, que por error elaboró la Secretaría de la Administración del Hospital de San Juan de Dios, como se deduce de la declaración del testigo Oliverio Rodríguez (fs. 81 y 82). Comprueba el error la circunstancia de que el Administrador del Hospital, con fecha 10 de junio de 1957, dictó la Resolución número 160, por la cual fue nombrado Medina Hernández Vigilante, con sueldo de $ 200.00 mensuales. De ahí que no hubiera suscrito el proyecto de contrato de que da cuenta el documento del folio 38.

Para el Tribunal —continúa el recurrente— es prueba de que el salario convenido fue el de $ 280.00, el hecho de que en la tarjeta de kárdex figura el actor con tal asignación, pero la tarjeta se elabora simultáneamente con el contrato, de manera que la equivocación en que incurrió la empleada al elaborar el formulario es la misma que muestra la tarjeta, y por eso fue necesario dictar la Resolución antes citada.

Segundo error. No tuvo en cuenta el Tribunal, dice el recurrente, la diligencia de reconocimiento, por parte de Medina, de las copias de la nó-

mina del folio 42; en ellas aparece con el cargo de Vigilante y asignación de $ 200.00, lo cual demuestra que aceptó la denominación del empleo y el sueldo.

Tercer error. La sentencia, afirma el acusador, apreció parcialmente la diligencia del folio 79 surtida ante la Inspección del Trabajo en septiembre de 1958. En esa pieza confiesa el representante de la Beneficencia que Medina le hizo varios reclamos por la disminución del sueldo, y que el pactado fue siempre el de $ 200.00. El fallo acepta lo concerniente al reclamo pero no lo relativo al sueldo, sin tener en cuenta que, siendo indivisible la confesión, debe tomarse en su integridad.

Arguye además el acusador: aceptando por vía de discusión que la Beneficencia —unilateralmente— le cambió las funciones a Medina y le rebajó el sueldo, debe admitirse también que éste asintió a esas medidas, porque recibió el salario por espacio de un año, no obstante sus reclamos. Si en su concepto la decisión patronal no era justa, ha debido alegar la ruptura ilegal del contrato al momento en que se le ofreció el pago del salario disminuído, con base en el artículo 57-4º del Código Sustantivo del Trabajo. "El honorable Tribunal tampoco tuvo en cuenta lo anterior al proferir la sentencia que se acusa".

Se considera:

Si el salario pactado por las partes no fue el de $ 280.00 mensuales, como lo sostiene la sentencia, sino el de $ 200.00, como lo afirma el acusador, las normas violadas no serían únicamente las contenidas en los artículos 249, 306 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo, sino también la del artículo 132, que autoriza al trabajador y al patrono para convenir libremente la remuneración en sus diversas modalidades, y el 57, numeral 4º, que impone al empleador la obligación de pagar al empleado el salario pactado, en las condiciones, períodos y lugares convenidos. Para el caso, integran la proposición jurídica el grupo de preceptos legales relacionados y no únicamente los tres que cita la acusación, que, por lo mismo, resulta incompleta. El cargo menciona la norma del artículo 57, pero en alegación de instancia, pues no acusa su violación.

Como lo anota con acierto el apoderado de la parte opositora, a la aplicación de los artículos que el cargo cita llegó la sentencia por haberle dado primero aplicación al artículo 132.

En el supuesto de que el *ad quem* hubiera incurrido en los errores de hecho que el recurrente le atribuye, no por ello habría lugar a la quiebra del fallo, ya que inciden en la decisión de derecho, normas que no fueron materia de acusación.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación.

Sostiene el recurrente que la sanción de que habla el precepto no puede ser aplicada sin tener en cuenta la buena o mala fe del patrono, como lo ha sostenido la jurisprudencia; que sin examinar este aspecto, el Tribunal "dio por demostrado el salario alegado por el actor y profirió la condena por indemnización moratoria", violando, en consecuencia, el artículo 65 por errónea interpretación.

Tercer cargo. Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, porque la sentencia llegó a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley.

En sustentación del cargo dice el acusador:

El Tribunal aplicó indebidamente la norma, porque no tuvo en cuenta que la Beneficencia observó una conducta de buena fe al negarse con razones justificativas a pagar a Medina el sueldo de $ 280.00 que éste alega. Así lo acreditan estas pruebas: la Resolución número 160 de 1957, por la cual fue nombrado el demandante para el cargo de Vigilante del Hospital, con sueldo de $ 200.00 mensuales; las nóminas firmadas y reconocidas por el actor (f. 42), según las cuales el salario que recibió fue el ya anotado; y la manifestación del representante de la Beneficencia ante la Inspección del Trabajo (f. 79).

Agrega el recurrente: aun aceptando que el salario inicial fue el de $ 280.00 mensuales, ello no significa que la Beneficencia deba ser condenada a la indemnización por mora, "pues falta el elemento mala fe indispensable para que la sanción pueda producirse". No puede sostenerse que constituye mala fe de su parte el haber negado con razones justas, y no por simple capricho, que el salario estipulado fue el de $ 280.00, ni tampoco el haber exhibido sin malicia en la inspección ocular el documento que el Tribunal califica "como contrato de trabajo, y la tarjeta de kárdex", ni el haber presentado al juicio el documento al contestar la demanda. Es indiscutible que la Beneficencia negó a Medina, de buena fe, la diferencia de salario, "de lo cual existen suficientes pruebas en el informativo".

En respuesta a los descargos, dice el apoderado de la parte opositora, que la buena o mala fe es cuestión de hecho, que el Tribunal aprecia con libertad al estimar las pruebas; que sólo a través del examen de éstas, si fue equivocado, puede llegarse a la violación del artículo 65; que si el impugnador quería formular una acusación

eficaz, ha debido indicar con precisión si se trataba de violación indirecta por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. Anota, por último, que la Administración del Hospital y la Oficina de Personal de la Beneficencia no podían ignorar el contrato escrito obrante en autos, el reclamo por la diferencia de sueldo que el actor le hizo por conducto de funcionarios del Sindicato y el que formuló ante la Inspección del Trabajo y ante las directivas de la entidad. Que por tales razones el patrono no puede afirmar que su comportamiento fue de buena fe.

Se considera:

En vista de que los dos cargos acusan violación del artículo 65, y en ambos son iguales los fundamentos de la impugnación, la Sala los estudia conjuntamente. La condena a la indemnización por mora la funda el Tribunal en la consideración de que la Beneficencia, sin causa justificada, le pagó al actor un sueldo inferior al estipulado, quedándole a deber la diferencia al expirar el contrato, e igualmente las sumas que por tal motivo dejó de cubrirle por prestaciones sociales.

La sentencia no le da al artículo 65 significación distinta de la que surge de su contenido. Por tanto, mal ha podido infringirlo por errónea interpretación. Además, la violación de la ley, por tal concepto, es cuestión de derecho y no de hecho. Para saber si el patrono, al negar el salario alegado por el actor, procedió de buena fe, es necesario investigar si los medios probatorios allegados al juicio así lo demuestran, actividad extraña a la infracción de la ley por errónea inteligencia de su texto.

El tercer cargo, en su desarrollo, presenta el mismo defecto de orden técnico anotado al anterior. En efecto, alega aplicación indebida del artículo 65, de modo directo, no a través de errores de hecho o de derecho.

Ahora bien, la aplicación indebida de la norma que el cargo alega se produce cuando, entendida rectamente, sin mediar errores de valoración probatoria, se la aplica a hechos que no regula, o se la hace producir efectos distintos de los que contempla.

De las dos modalidades, la acusación hace mérito de la segunda. Para demostrar la violación del precepto presenta el argumento de que el patrono, al negar el pago de las deudas reclamadas en el juicio, obró de buena fe. Observa la Sala que el razonamiento en tal sentido sitúa el cargo en ámbito distinto al de aplicación indebida de la norma por vía directa, ya que, para su examen, habría que entrar en el análisis de las pruebas que, según el recurrente, demuestran la buena fe patronal.

Según doctrina recibida por la jurisprudencia, puede el juzgador exonerar al patrono de la sanción por mora, cuando éste niega el contrato laboral u obligaciones derivadas de él con razones justificadas, de las cuales se deduzca que su conducta estuvo inspirada en la buena fe, siempre que allegue al proceso pruebas atendibles al respecto.

Como se ve, sustentan la doctrina fundamentos de hecho, de manera que cuando la sentencia estima que por no haberlos acreditado el patrono debe soportar la sanción por mora, la acusación, para su eficacia, debe formularse por violación indirecta de la norma, a través de errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, o por no haber sido apreciadas. Según lo expuesto, no cabe la censura contra el fallo por violación de la norma de modo directo.

Lo dicho es suficiente para el rechazo de los cargos.

A 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, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de 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.

RECLAMACION DE HONORARIOS POR SERVICIOS PROFESIONALES DE CARACTER PRIVADO. — NORMAS QUE RIGEN LA RELACION SUSTANCIAL, EL PROCEDIMIENTO Y LA VALORACION DE LAS PRUEBAS EN ESTA CLASE DE JUICIOS. OBLIGACIONES SOLIDARIAS

1. Sentido del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo sobre normas de aplicación supletoria. En tratándose de reclamación de honorarios por servicios profesionales independientes, la ley laboral rige la relación procesal, pero no la relación jurídico-sustancial. — 2. En esta clase de juicios, el Juez goza de libertad en la estimación de las pruebas. — 3. El mandato y las obligaciones solidarias. — 4. El hecho de que se demande solidariamente contra varios, lo que no debe sino uno, no exime a éste de la responsabilidad que le corresponde.

1. Dice la sentencia acusada que en cuanto a la acción sobre pago de honorarios rigen las normas del Código Civil referentes al contrato de mandato, porque no estando reglamentada por el Código del Trabajo, debe acudirse para su aplicación a lo dispuesto en el artículo 19 del segundo de estos estatutos, en armonía con el Decreto 456 de 1956.

Por vía de doctrina debe rectificar la Sala la tesis del sentenciador. La acción ejercitada en el presente caso tiene por causa el reconocimiento de servicios profesionales de carácter privado, es decir, un trabajo independiente. Y el Código Laboral reglamenta únicamente el trabajo subordinado o dependiente.

Sólo cuando se trata de pretensiones derivadas del contrato laboral, sin norma expresa que las regule, puede acudirse, por recepción, a las normas del derecho común, si el punto no ha podido ser resuelto por analogía y se han agotado las demás fuentes a que se refiere el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo. Tal es el sentido de esta disposición.

Situada la relación jurídica en plano distinto al de trabajo dependiente, no era del caso reclamar la aplicación del artículo 19 para recibir las normativas del contrato de mandato, contenidas en la ley civil, ya que éstas, con independencia de las que gobiernan el trabajo subordinado, reglamentan el derecho pretendido en juicio.

El punto ha sido definido por la jurisprudencia al fijar el alcance del Decreto legislativo 456 de 1956. En efecto, en fallo de 31 de mayo de 1960 (Gaceta Judicial, XCII, 1129), dijo esta Sala de la Corte con referencia a su artículo 1º, lo que se transcribe en seguida:

"El precepto sustrae de la justicia ordinaria civil el conocimiento de los negocios de la naturaleza expresada (reconocimiento de honorarios por servicios profesionales de carácter privado) 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 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, no la ley sustantiva laboral".

2. Censura el recurrente, en relación con la norma contenida en el artículo 2184-3º del Código Civil, el que la sentencia hubiera acogido el dictamen pericial para determinar la remuneración debida al mandatario. Afirma que ésta no podía determinarse sino por el uso o la costumbre que, conforme al artículo 700 del Código Judicial, se prueba con declaraciones de siete testigos; que por haber admitido la sentencia la

prueba pericial incurrió en error de derecho, pues señalando la ley para el hecho de que se trata una prueba especial, la testimonial, ninguna otra era admisible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.

Acerca de este error de derecho que alega el recurrente, observa la Sala:

En otro lugar de este fallo se anotó que el juicio sobre reconocimiento de honorarios por servicios profesionales de carácter privado, se sujeta al Código Procesal del Trabajo, como lo dispone el Decreto 456 de 1956, en su artículo 1º. Ese estatuto, en cuanto a la estimación de pruebas, establece el principio del libre convencimiento, expresando que en esa actividad no rige la tarifa legal.

Es una prueba tasada la que contempla el artículo 700 del Código Judicial. Por tanto, no es obligatoria para el fallador, por lo que su inobservancia no conduce a error de derecho. Este aspecto de la acusación no es, pues, atendible.

3. Aun dando por sentado que las dos compañías eran deudoras, de allí no se desprende que debían responder de la obligación solidariamente, pues la de que se trata (pago de una suma de dinero) es divisible. Cuando es de esta naturaleza, dispone el artículo 1568 del Código Civil que cada uno de los deudores sólo está obligado a su parte o cuota en la deuda, y, además, que en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda, evento en que la obligación es solidaria.

Los servicios prestados por el actor es de los previstos en el artículo 2144 del Código Civil, que la norma sujeta a las reglas del mandato. No se encuentra en las que rigen este contrato precepto alguno que le dé a la obligación sobre pago de honorarios por servicios profesionales, cuando hay pluralidad de deudores, el carácter de solidaria.

El artículo 1568 citado, inciso último, dice que la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. No concurriendo tal requisito en el que es materia de la litis, la obligación no podía considerarse solidaria, por lo cual la condena in solidum de las dos sociedades, viola la mencionada disposición.

4. Si la obligación cuyo pago se pretende corre a cargo de la Flota, del hecho de haber sido condenada ésta, por la sentencia acusada, a satisfacerla solidariamente con la Transportadora, no se puede concluir que ambas deban quedar exentas de la deuda. El efecto, en tal caso, no puede ser otro que el de excluir de la condena a la Transportadora. Si la Flota, eliminada la solidaridad, debía el total de la obligación, y por virtud de la condena solidaria se la hace también responsable de su totalidad, su situación jurídica sigue siendo la misma si la condena la afecta a ella únicamente.

No puede revocarse a duda que si la acción se hubiera dirigido únicamente contra la Flota, ésta habría sido condenada al pago de la deuda. El hecho de haberse ejercitado contra ella y la Transportadora, solidariamente, no la exime de responsabilidad; en ese hecho no puede verse un modo de extinción de las obligaciones.

La situación es semejante a la que se presenta cuando se pide más de lo debido y se prueba la deuda por una cuantía inferior. La solución, en tal caso, no es la absolución del reo sino la condena al importe de lo demostrado en el proceso.

Como conclusión de lo expuesto se casará la sentencia, pero para excluir a la Transportadora de la condena que contra ella contiene su parte resolutiva, manteniéndola a cargo de la Flota.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

El doctor Eduardo Díaz Ruiz, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra las sociedades denominadas "Flota Mercante Grancolombiana S. A." y "Transportadora Grancolombiana Ltda.", para que por sentencia fueran condenadas a pagarle, solidariamente, la suma de $ 5.500.00, a título de honorarios por servicios profesionales que les prestó, y a las costas del juicio.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que en las horas de la noche del 4 de enero de 1958 el doctor Díaz Ruiz fue contratado por el doctor Luis Ablanque de la Plata, médico de las dos compañías, autorizado por su Agente en el Puerto de Buenaventura, doctor Alfonso Vejarano, para que embalsamara el cadáver de Guillermo Macías, quien falleció al servicio de la Flota Mercante, a causa de accidente de trabajo; que al otorgar la referida autorización, el doctor Vejarano obró en nombre de las dos empresas; que como el cadáver debía remitirse a Cali por carretera, para su inmediata conducción a Bogotá, por vía aérea, al día siguiente (5 de enero), el doctor Díaz Ruiz ejecutó el trabajo inmediatamente, habiéndolo entregado a sa-

tisfacción, dentro del término convenido; que aquél le pasó la cuenta por los servicios prestados al doctor Vejarano, quien la devolvió al remitente sin cancelar, manifestándole que estimaba excesivo su valor, sin negar la ejecución del trabajo; que otras empresas de la localidad, por tareas de la misma clase, realizadas en horas diurnas, han pagado honorarios en cuantía igual o superior a la exigida por el doctor Díaz Ruiz.

En derecho la pretensión invoca los artículos 22, 36 y concordanes del Código Sustantivo del Trabajo, y el Decreto 456 de 1956.

En la respuesta que a la demanda dio el apoderado de las compañías, se opuso a sus pretensiones, porque entre ellas y el actor no existió vínculo jurídico alguno, ni ningún representante suyo, con facultad legal, contrató los servicios profesionales del demandante; porque la acción se dirige contra dos sociedades distintas, de manera que si una de ellas contrató los servicios, la otra estaría exenta de responsabilidad. En cuanto a los hechos, niega que Vejarano hubiera autorizado al doctor Ablanque para contratar los servicios que alega el demandante, expresando que no le constan los demás, advirtiendo que la cuenta de cobro fue devuelta al doctor Díaz Ruiz porque la Flota consideró que no estaba obligada a su pago. Como excepciones dilatorias propuso las de inepta demanda e incompetencia de jurisdicción, y las siguientes de fondo: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

En audiencia de trámite el Juzgado del conocimiento declaró no probadas las excepciones dilatorias. Apelada la providencia al respecto por la parte demandada, fue confirmada en segunda instancia.

Terminó el juicio por sentencia de fecha 12 de agosto de 1959, dictada por el Juzgado del Trabajo de Buenaventura. La resolución declara no probadas las excepciones perentorias propuestas por las dos sociedades, y las condena solidariamente a pagar al demandante la suma de $ 5.500, pedida por éste a título de remuneración por servicios profesionales, con costas a cargo de aquellas.

Apeló la parte vencida. Decidió la relación de segundo grado el Tribunal Superior, Sala Laboral, del Distrito Judicial de Cali. La sentencia que la resuelve, de fecha 11 de agosto de 1960, confirmó la del inferior, sin costas.

Interpuso el recurso de casación la parte demandada, que le fue concedido por el Tribunal. Admitido por esta Superioridad y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

I

La sentencia impugnada.

La fundan estas consideraciones:

El doctor Ablanque de la Plata, autorizado por el doctor Alfonso Vejarano, a su vez representante de una o de las dos empresas demandadas, contrató los servicios del doctor Díaz Ruiz para embalsamar el cadáver de Guillermo Macías, labor que cumplió el profesional, sin previo acuerdo de honorarios, antes de la una de la mañana del 5 de enero de 1958, en las horas de la noche del día anterior. La declaración de Ablanque, rendida extrajuicio (ratificada en el plenario), obrante a folios 9 y 110, demuestra la autorización referida, y debe aceptarse por su conducta intachable, como lo afirman distinguidos profesionales y funcionarios oficiales de Buenaventura en sus testimonios. No puede, pues, alegarse cobro de lo no debido.

Acreditan la personería sustantiva de las dos sociedades los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá (fs. 44 a 57) y los expedidos por la de Buenaventura (f. 221). También obra en el juicio el poder otorgado por aquéllas al doctor Alfonso Vejarano. Además, éste aceptó tácitamente la representación pues no rechazó la cuenta de cobro que le presentó el actor, pues se limitó a calificarla de excesiva.

Para acreditar el valor de los servicios reclamados por el demandante, se produjo en el juicio el dictamen pericial rendido por el doctor Remberto Sierra (f. 70), que el Tribunal acoge por encontrarlo debidamente fundado y reforzado con otras pruebas. Agrega que no se demostró por las empresas que la labor encomendada al doctor Díaz Ruiz en otros lugares del país y en las condiciones en que la realizó, sea remunerada con suma menor de la que reclama o la fijada por el perito ($ 6.000.00); que para no decidir más allá de lo pedido, acoge la cantidad señalada por el Juzgado, igual a la estimada por el demandante.

Anota que al folio 169 aparece la partida de defunción de Guillermo Macías; que en el juicio está demostrado tanto la prestación del servicio cuyo pago se reclama, como el hecho de haber sido contratado el actor por Luis Ablanque de la Plata, quien obró autorizado por el agente en Buenaventura de las dos sociedades. Dice, por último, que, en cuanto a la acción sobre pago de honorarios, rigen las normas del Código Civil referentes al contrato de mandato, porque no estando reglamentada por el Código del Trabajo, debe acudirse para su aplicación a lo dispuesto en el artículo 19 del segundo de estos estatutos, en armonía con el Decreto 456 de 1956.

II

El recurso.

Persigue la quiebra de la sentencia de segundo grado, porque se basa en una solidaridad inexistente.

Invoca la causal primera de casación.

Formula un solo cargo. Acusa éste el fallo por violación indirecta del artículo 2184, numeral 3º del Código Civil, en relación con el 700 del Código Judicial, y los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo, 1602, 1619, 1494 y 1568 del Código Civil. La infracción se produjo por causa de errores de hecho y de derecho, que el cargo singulariza.

Se sustenta la acusación en estas consideraciones:

Al caso litigioso aplicó el Tribunal las normas del Código Civil sobre el mandato, como fuente formal supletoria, pero dentro del concepto de que se encontraba sometido al Código del Trabajo. Apela a los preceptos de derecho común con fundamento en el artículo 19 de la Ley Laboral.

Al quebranto de los textos legales fue conducido el fallador a través de la indebida aplicación del citado artículo 19, que no venía al caso, porque el origen de la reclamación del actor es un mandato y no una relación laboral.

Violó la sentencia el artículo 2184-3º del Código Civil, por haberlo aplicado de manera equivocada, sin tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 700 del Código Judicial, como infracción de medio; y los artículos 1602, 1619, 1494 y 1568 de la Ley Civil, al condenar a las dos compañías pretextando una solidaridad inexistente, por tratarse de personas jurídicas distintas y no haber tenido la Transportadora nada que ver ni interés alguno en el embalsamamiento del cadáver.

El contrato que alega el actor fue el de mandato, según el artículo 2144 del Código Civil; pero para aplicar el artículo 2184-3º de esa obra, era preciso determinar primero quiénes eran los sujetos de la relación jurídica. Al respecto el fallo dice que Ablanque obró autorizado por el representante legal de la empresa interesada en remitir el cadáver de Macías a Bogotá, pero sin indagar cuál era la persona interesada, optó por la solución de condenar a las dos compañías con base en una solidaridad que no existe y que no contempla la ley civil ni la de comercio.

El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (fs. 44 a 57) y el de la de Buenaventura (f. 68) demuestran, según el Tribunal, la personería sustantiva de las dos sociedades, pero no es esa la cuestión por dilucidar. Consiste el problema por definir en que conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y sólo a ellas obliga, no a terceros. Radica el problema en que los términos del contrato sólo se aplican a la materia sobre que se ha contratado (art. 1619 ib.); en que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, del contrato, por lo cual a nadie se le puede obligar sin su voluntad, salvo el caso de los cuasi contratos; en que la solidaridad no se presume (art. 1568 ib.), de todo lo cual se infiere que del hecho de que una persona sea a la vez representante legal de dos sociedades distintas, no se puede concluír identidad jurídica entre ellas, ni menos solidaridad; en que las pruebas de que se vale el Tribunal para afirmar la solidaridad no acarrean semejante consecuencia.

El mandante está obligado a pagar al mandatario la remuneración estipulada o usual, conforme al artículo 2184-3º del Código Civil. Para determinar la remuneración la sentencia acogió el dictamen del perito, doctor Remberto Sierra. Aquélla no podía determinarse sino por el uso o la costumbre, que conforme al artículo 700 del Código Judicial, se prueba con declaraciones de siete testigos. El perito afirma que en Buenaventura se han presentado algunos casos de embalsamamiento de cadáveres, por lo que el valor del realizado en el juicio admitía el empleo de la prueba testimonial a que se refiere la norma citada.

Por haber admitido la sentencia la prueba pericial, incurrió en error de derecho, pues señalando la ley para el hecho de que se trata una prueba especial, la testimonial, ninguna otra era admisible, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.

No se puede aceptar, como lo hace la sentencia, que no demostraron las empresas el hecho de que en otros lugares del país se pagara por trabajo igual al ejecutado por el actor suma inferior a la que él reclama y fijó el perito, porque la prueba al respecto le correspondía al actor y no a la parte demandada.

III

Consideraciones de la Corte.

1. Del quebranto del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo deduce el recurrente el de las demás disposiciones legales que el cargo enumera.

Observa la Sala:

2. Fue equivocado el concepto del fallador al sostener que, conforme al artículo 19 de la ley

laboral, debían recibir aplicación los preceptos del derecho común normativo del mandato, pero la equivocación no tuvo incidencia en la resolución de derecho, porque para la definición de la litis expresó que por no hallarse contemplada en la primera de esas leyes, debían aplicarse, por recepción, las de la ley civil.

3. Por vía de doctrina debe rectificar la Sala la tesis del sentenciador. La acción ejercitada tiene por causa el reconocimiento de servicios profesionales de carácter privado, es decir, un trabajo independiente. Y el Código Laboral reglamenta únicamente el trabajo subordinado o dependiente.

4. Sólo cuando se trata de pretensiones derivadas del contrato laboral, sin norma expresa que las regule, puede acudirse, por recepción, a las normas del derecho común, si el punto no ha podido ser resuelto por analogía y se han agotado las demás fuentes a que se refiere el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo. Tal es el sentido de esta disposición.

5. Situada la relación jurídica en plano distinto al de trabajo dependiente, no era del caso reclamar la aplicación del artículo 19 para recibir las normativas del contrato de mandato, contenidas en la ley civil, ya que éstas, con independencia de las que gobiernan el trabajo subordinado, reglamentan el derecho pretendido en el juicio.

6. El punto ha sido definido por la jurisprudencia al fijar el alcance del Decreto legislativo 456 de 1956. En efecto, en fallo del 31 de mayo de 1960 (G. J., XCII-1129), dijo esta Sala de la Corte, con referencia a su artículo 1º, lo que se transcribe a continuación:

"El precepto sustrae de la justicia ordinaria civil el conocimiento de los negocios de la naturaleza expresada (reconocimiento de honorarios por servicios profesionales de carácter privado) 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 del Trabajo. Por consiguiente, la relación jurídico-sustancial, conforme a la cual deba decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente, no la ley sustantiva laboral".

7. El recurrente sostiene en el cargo estas tesis: no es hecho probado en el juicio el contrato de mandato entre las partes; las dos sociedades no están obligadas, solidariamente, al pago de la deuda; la prueba adecuada para demostrar la cuantía del crédito era el testimonio de siete testigos y no la pericial. Se estudian a continuación:

El mandato y su prueba.

Sostiene el recurrente, por una parte, que no existió el contrato de mandato entre el actor y las dos compañías, y, por la otra, que el obligado al pago de la deuda era la Flota y no la Transportadora.

La tesis central de la acusación no es, sin embargo, la de inexistencia del mandato, sino la de que no fue parte en su celebración la Transportadora, por lo cual la condena de ésta al pago de la obligación, solidariamente con la Flota, viola las normas que el cargo cita.

Corrobora el anterior concepto el siguiente aparte de la demanda de casación:

"En los autos (fs. 105) está la prueba de que Macías era un tripulante (radio-operador) de la Flota Mercante Grancolombiana en la motonave 'Ciudad de Popayán', de manera que era esta empresa y no la Transportadora Grancolombiana, la que se encontraba ligada con el nexo jurídico del contrato laboral con aquel tripulante y, por consiguiente, era la Flota la que estaba obligada a pagar el valor del embalsamamiento. Así lo entendió el propio actor cuando (fs. 2 y 3) formuló lá cuenta de cobro a la Flota y no a la Transportadora".

Además, el *petitum* de la misma demanda, confirma la tesis expuesta. Allí concreta el recurrente el alcance de la impugnación contra el fallo del *ad quem* en estos términos: "La Transportadora nada tiene que ver con el embalsamamiento del señor Macías, empleado de la Flota. Y en cuanto a esta última compañía, también deberá casarse el fallo recurrido, puesto que aun cuando ella fuera responsable del valor del embalsamamiento, no se ha probado legalmente el *quantum* del mandato, puesto que no se demostraron el uso o la costumbre en la forma ordenada por la ley".

Como consecuencia de lo expuesto, no es el caso de examinar si el Tribunal, por mala estimación de unas pruebas e inestimación de otras, que el cargo relaciona, incurrió en el error de hecho consistente en dar por establecido, sin estarlo, el contrato de mandato entre los litigantes.

Prueba de la cuantía del crédito.

8. Acerca del error de derecho que alega el recurrente, porque para probar el importe de la

deuda el *ad quem* admitió prueba distinta de la recibida por la ley, observa la Sala:

En otro lugar de este fallo se anotó que el juicio sobre reconocimiento de honorarios por servicios profesionales de carácter privado, se sujeta al Código Procesal del Trabajo, como lo dispone el Decreto 456 de 1956, en su artículo 1º. Ese estatuto, en cuanto a la estimación de pruebas, establece el principio del libre convencimiento, expresando que en esa actividad no rige la tarifa legal.

Es una prueba tasada la que contempla el artículo 700 del Código Judicial. Por tanto, no es obligatoria para el fallador, por lo que su inobservancia no conduce a error de derecho.

Este aspecto de la acusación no es, pues, atendible.

La solidaridad.

9. Expone el recurrente:

Incurrió la sentencia en error de hecho por inestimación de la planilla del folio 105, de las constancias del Diario de Navegación (fs. 117 y 118) y de la partida de defunción de Guillermo Macías. Demuestran esas pruebas que Macías era empleado de la Flota; que ésta como patrono era la obligada a embalsamar el cadáver y no la Transportadora. La sentencia estima, sin embargo, que la segunda sociedad también fue parte en el contrato origen de la obligación.

Apreció equivocadamente la sentencia los certificados obrantes a folios 68 a 71 y 80 a 87, expedidos por la Cámara de Comercio de Buenaventura, y dejó de estimar los de folios 54 a 57, emanados de la Cámara de Comercio de Bogotá. De ellos resulta que las dos sociedades son personas jurídicas distintas, a pesar de lo cual el Tribunal las considera como una sola.

10. Observa la Sala: demuestran los certificados de las Cámaras de Comercio la constitución y existencia de la Flota Mercante como sociedad anónima, y la de la Transportadora como sociedad de responsabilidad limitada. Se trata, pues, de dos personas jurídicas distintas. Los otros medios probatorios a que el cargo se refiere acreditan que Macías estuvo vinculado a la Flota Mercante mediante contrato de trabajo, sin nexos con la Transportadora.

En concepto del Tribunal, las dos compañías se obligaron al pago de la deuda objeto del pleito. Parece que de la identidad de su representación, pues según los certificados de las Cámaras de Comercio el Gerente de la Flota es el mismo de la Transportadora, infiere que de la obligación deben responder ambas solidariamente, aunque acerca de tal modalidad, ninguna razón aduce.

11. Si el contrato de trabajo existió entre la Flota y Guillermo Macías, y quien contrató los servicios del profesional demandante fue la Flota y no la Transportadora, es evidente, como lo sostiene el acusador, que la segunda fue extraña al contrato de mandato alegado como causa jurídica de la obligación.

Si el deudor era únicamente la Flota, no era del caso averiguar si la obligación era divisible o solidaria, pues sólo cuando hay pluralidad de deudores cabe investigar si cada deudor, frente al acreedor, debe responder de su parte o cuota en la deuda o de su totalidad.

12. Aun dando por sentado que las dos compañías eran deudoras, de allí no se desprende que debían responder de la obligación solidariamente, pues la de que se trata (pago de una suma de dinero) es divisible. Cuando es de esta naturaleza, dispone el artículo 1568 del Código Civil que cada uno de los deudores sólo está obligado a su parte o cuota en la deuda, y, además, que en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda, evento en que la obligación es solidaria.

Los servicios prestados por el actor es de los previstos en el artículo 2144 del Código Civil, que la norma sujeta a las reglas del mandato. No se encuentra en las que rigen este contrato precepto alguno que le dé a la obligación sobre pago de honorarios por servicios profesionales, cuando hay pluralidad de deudores, el carácter de solidaria.

El artículo 1568 citado, inciso último, dice que la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. No concurriendo tal requisito en el que es materia de la litis, la obligación no podría considerarse solidaria, por lo cual la condena *in solidum* de las dos sociedades viola la mencionada disposición.

13. Aunque el cargo resulta fundado, su consecuencia no será la de absolver a las dos compañías del pago de la obligación, por las siguientes razones:

De las pruebas antes citadas se desprende, como lo acepta el recurrente, que los servicios prestados por el profesional demandante tuvieron por causa mediata un contrato de trabajo celebrado entre la Flota y Guillermo Macías, por lo que el negocio objeto del mandato interesaba únicamente a la sociedad patronal.

Si la obligación cuyo pago se pretende corre a cargo exclusivo de la Flota, del hecho de haber

sido condenada ésta a satisfacerla solidariamente con la Transportadora, no se puede concluír que ambas deban quedar exentas de la deuda. El efecto, en tal caso, no puede ser otro que el de excluír de la condena a la Transportadora. Si la Flota, eliminada la solidaridad, debía el total de la obligación, y por virtud de la condena solidaria se la hace también responsable de su totalidad, su situación jurídica sigue siendo la misma si la condena la afecta a ella únicamente.

No puede revocarse a duda que si la acción se hubiera dirigido únicamente contra la Flota, ésta habría sido condenada al pago de la deuda. El hecho de haberse ejercitado contra ella y la Tranportadora, solidariamente, no la exime de responsabilidad; en ese hecho no puede verse un modo de extinción de las obligaciones.

La situación es semejante a la que se presenta cuando se pide más de lo debido y se prueba la deuda por una cuantía inferior. La solución, en tal caso, no es la absolución del reo, sino la condena al importe de lo demostrado en el proceso.

Como conclusión de lo expuesto se casará la sentencia, pero para excluír a la Transportadora de la condena que contra ella contiene su parte resolutiva, manteniéndola a cargo de la Flota.

Para decidir en instancia bastan las consideraciones expuestas por la Sala en el examen del cargo.

A 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* la sentencia recurrida en cuanto al confirmar la de primer grado acoge la condena al pago de la obligación materia del juicio contra las dos sociedades demandadas, de manera solidaria, reforma la decisión en tal sentido del fallo de primera instancia, contenida en el numeral 2º de la parte resolutiva, y, en su lugar, limita la condena a que se refiere dicho numeral a la Flota Mercante Grancolombiana S. A. En consecuencia, absuelve de ella a la Transportadora Grancolombiana Ltda.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso de casación.

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.

DEMANDA DE PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES Y CONTRADEMANDA SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — CLAUSULAS ILEGALES SOBRE TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

1. Si se alega violación indirecta de la ley, la demanda de casación debe indicar si el error en que se incurrió fue de hecho o de derecho. — 2. No es de recibo en casación derivar la interpretación errónea de la ley de su infracción directa. En qué consiste cada uno de estos dos motivos. — 3. Las faltas graves que las partes tienen derecho a estipular, como justas causas de terminación del contrato, conforme al numeral 8º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, no pueden estar constituídas por un hecho cualquiera. Ilegalidad de la estipulación que sobre este punto fue pactada en el caso de autos.

1. La violación indirecta de la ley tiene por causa la apreciación errónea o la falta de estimación de determinada prueba, resultando de una u otra actividad error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos. No indica el recurrente en cuál de las dos clases de errores incurrió la sentencia. Sin el cumplimiento de esta exigencia, el cargo no es atendible.

2. No es de recibo en casación derivar la interpretación errónea de la ley, de su infracción directa, porque el primer motivo es distinto del segundo. Aquél se funda en la falsa inteligencia de una norma con prescindencia de toda cuestión de hecho, en tanto que la infracción directa parte de la base de que es hecho indiscutido o probado en el juicio el regulado por el precepto legal, a pesar de lo cual la sentencia lo desatiende.

3. Acerca del extremo de la litis a que el cargo se refiere dice la sentencia acusada que en el contrato se fijó un año como término de duración, y en su cláusula 7ª, que para el 15 de julio de 1958 el negocio de cerámica que se iniciaba debía producir lo necesario para sostener los gastos; que si así no ocurría el patrono quedaba en libertad para declararlo rescindido.

Prosigue la sentencia: De manera que el plazo de un año quedó condicionado a que a los cinco meses el negocio debía estar en circunstancias de sostenerse económicamente. Al cumplirse este plazo el trabajador fue notificado por el patrono de la terminación del contrato, alegando como motivo el cumplimiento de la condición de que habla la cláusula séptima.

Después de analizar las declaraciones que para tal fin se aportaron al expediente, la sentencia expresa que de ellas se deduce la plena prueba de la causal de despido, "el cual fue legal, según la cláusula séptima del contrato".

Observa la Sala:

Fuera de las justas causas que para dar por terminado el contrato relaciona el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, su numeral 8º autoriza a las partes para establecer como modo de expiración del vínculo cualquier falta grave, así calificada por ellas en cualquiera de los actos que enumera el precepto, o en fallo arbitral, siempre que el hecho resulte probado y se haya observado el procedimiento reglamentario o contractual respectivo.

Las faltas graves que las partes tienen facultad para estipular no pueden estar constituídas por un hecho cualquiera, sino por las que incidan en la prestación del servicio durante el desarrollo del contrato, sin ninguna vinculación con las utilidades o pérdidas en las actividades de la empresa. La estipulación pactada por los litigantes se refiere a los resultados económicos del negocio y tiende a precaver posibles pérdidas, que el trabajador no puede asumir al tenor de lo previsto en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, no es legal la cláusula en examen, como lo sostiene la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43, ibídem.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Vranics Jacob, por medio de apoderado, llamó a juicio a Angelo Aymar, para que por sentencia se declare que éste incumplió el contrato de trabajo celebrado con aquél, y, en consecuencia, debe pagarle: indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del vínculo, la prima de servicio del primer semestre de 1958, vacaciones, cesantía, indemnización por mora, y costas del juicio.

En su relación de hechos la demanda afirma los siguientes: Vranics Jacob celebró con Aymar un contrato de trabajo, consignado por escrito, de fecha 15 de febrero de 1958, por medio del cual se obligó a montar y dirigir una producción de cerámica en la fábrica de ladrillos de propiedad del patrono, situada en Zipaquirá; el término de duración del contrato fue el de un año y el salario convenido el de $ 1.500.00 y un 25% de las utilidades del negocio; el patrono no disponía de local adecuado para la producción de cerámica, ni suministró al trabajador los instrumentos y materias primas necesarias para la realización de sus labores; Aymar puso a disposición de Jacob un albañil y un ayudante, quienes entre el 15 de febrero y el 15 de abril de 1958 construyeron una pieza donde se instaló el trabajo de cerámica, y después del 15 de abril del año citado, le proporcionó dos albañiles para la construcción de un horno de un cuarto de metro cúbico, destinado a ensayos, que terminaron un mes después; el demandante, experto en cerámica, fue despedido, sin justa causa, el 15 de julio de 1958, no obstante haber cumplido las obligaciones de su cargo; cuando se produjo el despido comenzaba la producción de ladrillos refractarios, determinación que tomó Aymar para impedir que el empleado recibiera la participación pactada en las utilidades del negocio; al terminar el contrato, la empresa no le pagó al trabajador las prestaciones sociales; en varios contados, hecho el último el 21 de diciembre de 1958, le cubrió, a cuenta de cesantía, $ 624.00.

La respuesta a la demanda se opone a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, negó los fundamentales, a excepción del que afirma la existencia del contrato.

El demandado promovió a su vez demanda de reconvención contra el actor. En ella solicita la condena de aquél a la indemnización de los perjuicios que le causó por incumplimiento del contrato de trabajo, debido a su ineptitud, incluyendo entre los perjuicios el reintegro de los salarios y prestaciones sociales recibidos por el trabajador.

La contrademanda afirma que Vranics Jacob no resultó ser un técnico para la labor contratada, pues en cinco meses de ensayo no elaboró ninguna obra de arte cerámico; que por haberlo estimado experto en el trabajo, Aymar celebró contratos con varias firmas para el suministro de elementos de cerámica, que no pudo cumplir por ineptitud del empleado, sufriendo pérdidas por tal motivo; que Jacob, durante el tiempo de duración del contrato, recibió salarios en cantidad de $ 7.500.00 y prestaciones sociales, sin compensación para el patrono; que éste invirtió en gastos del negocio $ 5.000.00, aproximadamente.

La respuesta a la contrademanda niega los hechos que le sirven de fundamento.

Terminó el juicio en primera instancia por sentencia de fecha 16 de julio de 1960, proferida por el Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá. La resolución (numeral 1º) condena a Angelo Aymar a pagar al demandante lo siguiente: a) $ 212.50 por prima de servicio, y b) $ 2.400.00 a título de indemnización moratoria; absuelve al demandado de los demás cargos (numeral 2º), y al actor de los que le formula el libelo reconvencional (numeral 3º). Condena en costas al contrademandante.

Del fallo de primer grado apelaron ambas partes. Decidió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia del 18 de agosto de 1960, por la cual confirma la del inferior, sin costas.

Demandante y demandado interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido. Admitido aquí y debidamente preparado, se pasa a decidir.

El recurso de la parte demandada.

Formula un solo cargo con apoyo en la causal primera de casación. Su finalidad es la de que se case la sentencia del *ad quem*, y, en su lugar, se condene al demandante al pago de perjuicios al demandado, concretados, por lo menos, a la restitución de los salarios y prestaciones sociales que recibió sin justa causa.

Acusa violación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo indirecto, por falta de aplicación.

Lo sustenta el recurrente diciendo que no tuvo en cuenta el fallador el artículo 1614 del Código Civil; que si no se probó en el juicio el lucro cesante, por medio de peritos, sí lo fue el daño emergente; que éste está representado en los salarios y prestaciones sociales recibidos por Jacob

como técnico en cerámica sin serlo. Agrega que no lo estima así el Tribunal, sin explicar los fundamentos de la afirmación; que no corresponde su concepto a la equidad, porque si una persona recibe honorarios para prestar un servicio como profesional (abogado o cirujano), y pierde el pleito en el primer caso, o el paciente a quien practica la operación, en el segundo, fallece, llegándose a tales resultados por impericia, debe devolver lo que recibió, porque el pago no tuvo justa causa.

Sintetiza el cargo así: pasó por alto la sentencia la prueba de los perjuicios, contenida en la confesión provocada del actor, de la cual aparece que los estimó en la suma de $ 7.500.00, más las prestaciones sociales que recibió del patrono; y al no interpretar debidamente las declaraciones de Nando Polesti y Pedro Pascual Pinzón, las cuales demuestran el cumplimiento de los deberes del empleador, viola el fallo indirectamente la norma antes citada.

Se considera:

La violación indirecta de la ley tiene por causa la apreciación errónea o la falta de estimación de determinada prueba, resultando de una u otra actividad error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos. No indica el recurrente en cual de las dos clases de errores incurrió la sentencia. Sin el cumplimiento de esta exigencia, el cargo no es atendible.

Aun dejando de lado el anterior reparo, la Sala observa: no es cierto que el Tribunal haya hecho caso omiso de la confesión del actor, contenida en la absolución de posiciones. Afirma que la prueba demuestra el incumplimiento del contrato (cláusula 7ª) por parte del trabajador, no que en ella reconozca la cuantía de los perjuicios causados al patrono, como lo asevera el impugnante. Por tanto, de haber incurrido en error de hecho, no sería por inestimación de la prueba, sino por su errónea apreciación.

En cuanto a la prueba testimonial, en ella ve el sentenciador la demostración del mismo hecho que acredita la confesión del demandante, que es también lo que encuentra probado el recurrente, de lo cual no se sigue que establezca la cuantía de las perjuicios, fundamento del fallo para no decretar su indemnización. El incumplimiento de una obligación contractual origina perjuicios a cargo de la parte responsable de la infracción, pero para la condena en concreto se requiere su comprobación en cifra numérica, y el cargo no demuestra que la indiquen las dos declaraciones a que alude.

El cargo no prospera.

El recurso de la parte demandante.

Aspira a que la Corte case la sentencia impugnada, y, en su lugar, decrete las condenas pedidas en la demanda inicial, o a que, en subsidio, acoja las súplicas sobre pago de perjuicios por lucro cesante y los correspondientes a la indemnización moratoria.

Invoca la causal primera de casación.

Formula cinco cargos. Todos acusan violación de los artículos 13, 14, 21, 22, 23, 28, 43, 46, 58, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 76, 78, 140 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por defectos de orden técnico no son atendibles los cargos primero y tercero a quinto, porque alegan infracción directa de las normas a causa de error de hecho por mala apreciación de pruebas.

En efecto, la demanda de casación, en los apartes que destina a la demostración de los cargos, hace estas consideraciones:

La sentencia encontró demostrado el pago parcial de la prima de servicios y el de la cesantía en determinada fecha, para lo cual se fundó en los documentos de folios 47 y 48, sin averiguar si estaban firmados o reconocidos por el demandante. Aducidos contra éste como prueba sin que conste ninguno de los dos requisitos mencionados, fue equivocada su estimación, incurriendo el fallador en error de hecho. Tal es, en síntesis, el razonamiento que aduce el primer cargo.

En el tercero dice el acusador que el Tribunal apreció con desacierto la cláusula 7ª del contrato de trabajo, relativa a su duración, porque en su concepto el plazo de que allí se habla fue condicionado, modalidad extraña a esa figura jurídica; que vio en la cláusula un motivo justo para que el patrono diera por terminada la relación contractual de trabajo, no obstante que, según sus términos, apenas lo facultaba para declararlo rescindido, para lo cual debía acudir a la justicia pidiendo una declaración en tal sentido; que, por tanto, apreció mal la prueba, incurriendo en evidente error de hecho, mediante el cual "llegó a una interpretación errónea de la ley, por infracción directa".

El cuarto cargo expone estas razones: la sentencia sólo estudió una cláusula del contrato, sin hacer mérito de las posiciones absueltas por las partes, especialmente de las rendidas por el actor. La justificación del despido y el pago de prestaciones sociales son hechos constitutivos de excepciones, que el demandado ha debido probar, y como así no lo hizo, la declaración del Tribunal de que sí los acreditó, conclusión a que llega por falta de estudio de las pruebas pertinentes, lo indujo a error de hecho y a la consi-

guiente violación de las normas. El recurrente hace en seguida el análisis de las confesiones provocadas de las partes para demostrar que acreditan el cumplimiento de sus obligaciones de parte del trabajador, y agrega: los testimonios de que se vale la sentencia como prueba de la causal de despido, "no alcanzan a desvirtuar la confesión de parte". Por este error evidente de hecho —concluye el cargo—, consistente en haber considerado probada una justa causa de despido, "el Tribunal violó por infracción directa las normas citadas, que debía aplicar a los hechos existentes y probados en el proceso".

En el quinto cargo dice el recurrente que la infracción de las normas fue directa, proveniente de la mala apreciación de la prueba testimonial, "de lo cual se derivó un manifiesto error de hecho"; que no demuestran los testimonios la causal de despido alegada por el demandado.

Se considera:

La infracción directa de la ley se produce cuando a un hecho que no se discute, la sentencia deja de aplicar la norma pertinente.

Ahora bien, en cuanto al despido del trabajador, afirma éste en el libelo inicial, que no tuvo una justa causa. El patrono asevera lo contrario. Al examinar el punto el Tribunal llegó a la conclusión, con base en las declaraciones de que hace mérito, de que sí fue justificado el despido. Por consiguiente, el hecho en referencia fue discutido en el juicio, por una parte, y por la otra, los litigantes adujeron pruebas en sentido positivo y negativo, acogiendo el Tribunal las aportadas por la defensa. En tal virtud, desechó la petición sobre condena al pago de perjuicios por ruptura ilegal del contrato.

En cuanto a la súplica sobre pago de indemnización moratoria, no es hecho indiscutido en el juicio el de que el patrono no haya pagado las deudas por prestaciones sociales, sino el de haber demorado la cancelación durante 48 días, a partir de la extinción del vínculo. Por tal motivo lo condena a satisfacer la indemnización respectiva durante ese tiempo.

Como se ve, no se está en presencia de violación de la ley (art. 65 del Código), de modo directo. Lo que pretende el recurrente es que la condena al pago de la indemnización no quede sujeta a un límite temporal sino hasta la solución de las deudas pendientes. Por tanto, lo procedente habría sido alegar el quebranto de la norma a través de la actividad probatoria del fallador, modalidad en que no cabe el ataque por error de hecho.

De otro lado, no es de recibo en casación derivar la interpretación errónea de la ley, de su infracción directa, como lo hace el tercer cargo, porque el primer motivo es distinto del segundo. Aquél se funda en la falsa inteligencia de una norma, con prescindencia de toda cuestión de hecho, en tanto que la infracción directa parte de la base de que es hecho indiscutido o probado en el juicio el regulado por el precepto legal, a pesar de lo cual la sentencia lo desatiende.

Por lo expuesto, no prosperan los cargos de que se ha hecho mérito.

Segundo cargo:

Sostiene que la violación de las normas se produjo por aplicación indebida, a causa de la equivocada estimación de la cláusula séptima del contrato de trabajo, por lo cual la sentencia incurrió en error de hecho evidente.

El error se debió —dice el acusador— a que el fallo le da a la condición rescisoria estipulada en la cláusula, el carácter de justa causa para que el patrono diera por terminado el vínculo laboral unilateralmente, sin previo aviso; que la decisión partió del supuesto de que el trabajador incurrió en falta grave contemplada en el contrato y probada en el juicio, considerando como tal la establecida en la cláusula; que, en su concepto, la estipulación no tiene ese alcance, porque no figura en la lista de las causas graves que relaciona la ley, pues según ésta deben ser expresas y taxativas; que la existencia de la condición de que habla la cláusula apenas le daba derecho al patrono para pedir "la declaratoria respectiva, judicialmente", pero no el derecho de violar la convención en forma unilateral. Como consecuencia del error dice que el fallo violó el artículo 62, numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo, y, además, por infracción directa, los artículos 14, 28, 43, 58, 60, 61, 63 y 64, ibídem.

Alega el opositor demandado que el término de un año fijado para la duración del contrato quedó simetido a la condición de que si a los cinco meses el negocio de cerámica no podía sostenerse, el patrono quedaba facultado para darlo por terminado; que, fundado en la prueba testimonial, el Tribunal encontró demostrado el hecho constitutivo de la condición, por lo cual no está demostrada la violación que del artículo 62 del Código predica el recurrente.

Se considera:

Acerca del extremo de la litis a que el cargo se refiere, dice el Tribunal que en el contrato se fijó un año como término de duración, y en su cláusula 7ª, que para el 15 de julio de 1958 el negocio de cerámica debía producir para sos-

tener los gastos; que si así no ocurría Aymar quedaba en libertad de declararlo rescindido.

Prosigue la sentencia:

De manera que el plazo de un año quedó condicionado a que a los cinco meses el negocio debía estar en condiciones de sostenerse económicamente. Al cumplirse este plazo el trabajador fue notificado por el patrono de la terminación del contrato, según el documento del folio 46, alegando como motivo el cumplimiento de la condición de que habla su cláusula séptima.

Para comprobar la causal de despido, continúa la sentencia, se aportaron al expediente las declaraciones de Nando Podesti, Pascual Pinzón, José G. Gil y Jacobo Vallero. Después de analizarlas, expresa que de ellas se deduce la plena prueba de la causal de despido, "el cual fue legal de conformidad con la cláusula séptima del contrato".

Observa la Sala: fuera de las justas causas que para dar por terminado el contrato relaciona el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, su numeral 8º autoriza a las partes para establecer como modo de expiración del vínculo cualquier falta grave, así calificada por ellos en cualquiera de los actos que enumera el precepto, o en fallo arbitral, siempre que el hecho resulte probado y se haya observado el procedimiento reglamentario o contractual respectivo.

Las faltas graves que las partes tienen facultad para estipular no pueden estar constituídas por un hecho cualquiera, sino por las que incidan en la prestación del servicio durante el desarrollo del contrato, sin ninguna vinculación con las utilidades o pérdidas en las actividades de la empresa. La estipulación pactada por los litigantes se refiere a los resultados económicos del negocio y tiende a precaver posibles pérdidas, que el trabajador no puede asumir al tenor de lo previsto en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, no es legal la cláusula en examen, como lo sostiene la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43, ibídem.

Con todo, no prospera el cargo. Y no es viable porque, en el fondo, el error de juicio del fallador se debe a falsa inteligencia de la regla contenida en el numeral 8º del artículo 62, cuya violación no es procedente por error de hecho, y, además, porque el quebranto de los artículos 28 y 43, según el cargo, se produjo de manera directa como consecuencia de error de hecho en la estimación de la cláusula. Este concepto de infracción de la ley no tiene por causa la que se deja indicada, como en otro lugar de este fallo se anotó.

De otro lado, aun suponiendo procedente la acusación, se observa que el hecho constitutivo de la falta grave lo halla establecido el Tribunal con dos medios probatorios (el documento del folio 46 y declaraciones de cuatro testigos), cuya mala estimación no acusa el recurrente.

Por lo dicho, no se recibe el cargo.

A 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, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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.

CONTRATO DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACION PUBLICA. LA UNIVERSIDAD NACIONAL Y EL CONCEPTO DE EMPRESA. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO. TECNICA DE CASACION. MEDIOS NUEVOS

1. Sólo los preceptos de derecho material que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas inciden en casación. — 2. No puede considerarse la Universidad Nacional como empresa del Estado. La explotación económica conlleva la idea de lucro, propia de toda actividad mercantil. — 3. Comparación entre la aplicación indebida de la ley y su errónea interpretación. — 4. Las relaciones entre la Administración pública y los servidores del Estado no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo, sino por la legislación anterior a la codificada. — 5. El artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, sobre indemnización de perjuicios por ruptura unilateral del contrato de trabajo, excede los límites de la ley que reglamenta. — 6. Plantear en casación un punto que no ha sido materia de debate en el proceso, constituye un medio nuevo, inadmisible en el recurso extraordinario.

1. No es atendible el cargo en cuanto acusa violación directa del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945. La norma se limita a definir el contrato de trabajo, pero por sí misma no crea, extingue o modifica relaciones jurídicas, y es bien sabido que en casación sólo inciden los preceptos de derecho material de la naturaleza expresada. Por lo demás, la infracción directa del precepto se habría producido si la sentencia niega la existencia de la relación contractual de trabajo entre las partes, en oposición al hecho probado que la demuestra, y atrás se vio que el Tribunal acepta la realidad de aquella relación.

2. En cuanto al cargo de violación directa del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, parágrafo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 64 de 1946, y del artículo 12 de la Ley 141 de 1948, por aplicación indebida, observa la Sala:

Las dos primeras normas establecen un recargo por trabajo en jornada nocturna y por el que se realiza en exceso de la jornada legal, y la última prohibe el pago de horas extras a los funcionarios y empleados administrativos, exceptuando de la prohibición a los obreros que trabajan a jornal en las obras públicas nacionales y en las empresas del Estado.

Las dos excepciones que establece la Ley de 1948 comprenden, como lo anota el recurrente: los obreros que trabajan a jornal en obras públicas nacionales, y los que laboran en empresas del Estado.

Dice el Tribunal, en la sentencia acusada, que la Universidad Nacional no se puede considerar como empresa del Estado, porque el concepto empresa implica la idea de explotación económica, de que está desprovista la entidad demandada. Observa la Sala que la estimación del fallador tiene su apoyo en lo preceptuado por el artículo 6º de la Ley 64 de 1946, pues al definir lo que debe entenderse por empresa dice que es toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares o conexas. La explotación económica conlleva la idea de lucro, propia de toda actividad mercantil, ajeno a los fines de la enseñanza superior que como servicio público presta el Estado a través de la Universidad Nacional.

3. Una de las modalidades de infracción de la ley por aplicación indebida se presenta cuando entendida la norma rectamente, sin mediar errores de hecho o de derecho, no se la aplica al hecho probado que ella regula. A este aspecto del motivo de casación enunciado se refiere el recurrente, pues en su opinión es hecho probado

que el demandante prestó servicios a una empresa del Estado, por lo cual se colocó en la situación de hecho prevista en el precepto de la Ley 141 de 1948 (art. 12). En concepto del Tribunal, no se contempla ese supuesto de hecho. Por consiguiente, no se da en el caso de autos la causal de casación que se alega.

Si en concepto del recurrente la prestación de servicios en empresas oficiales sin ánimo de lucro, queda bajo el imperio del artículo 12 de la Ley de 1948, en una de las dos excepciones allí establecidas, a pesar de lo cual la sentencia sostiene lo contrario, el error de juicio se produciría por falsa inteligencia del precepto, porque el alcance que aquélla le fija restringe su campo de aplicación. Si ello es así, la infracción de la norma se produciría por su errónea interpretación, motivo de casación distinto del que alega el acusador.

4. En el segundo cargo se alega violación de los artículos 51 del Decreto 2127 de 1945, en concordancia con el 64 y el 66 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho evidente, como consecuencia de mala apreciación de pruebas. Consistió el error en haber considerado la sentencia que el demandado había comunicado oportunamente al actor los motivos de terminación del contrato, esto es, las faltas graves en que había incurrido contra el superior jerárquico.

Se considera: los fundamentos de la decisión recurrida para desechar la súplica sobre condena al pago de servicios por ruptura ilegal del contrato, fueron éstos:

Con declaración de testigo demostró la Universidad una de las justas causas que para dar por terminado el vínculo establece el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945; aunque el patrono, al declarar insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo que desempeñaba, no invocó el motivo de la determinación, tal requisito no lo exigen las normas del mencionado estatuto.

Ante todo debe desechar la Sala el reparo sobre violación de los artículos 64 (condición resolutoria) y 66 (manifestación del motivo de la terminación) del Código Sustantivo del Trabajo, pues por mandato del artículo 4º del mismo Código, las relaciones entre la administración pública y los servidores del Estado no se rigen por este estatuto, sino por los especiales que posteriormente se dicten. No habiendo sido expedidos ellos, tales relaciones han quedado bajo el imperio de la legislación anterior a la codificada, normativa del contrato laboral entre particulares.

5. En cuanto a la infracción del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, se observa:

Dice la disposición: "Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar".

El citado Decreto es reglamentario de la Ley 6ª de 1945. Antecedentes de la materia que regula la previsión del Decreto es el artículo 11 de la nombrada Ley, el cual dispone en su inciso 1º: "En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable".

La indemnización de perjuicios comprende, según el artículo 1613 del Código Civil, de aplicación en el contrato de trabajo, el daño emergente y el lucro cesante. A esos dos elementos integrantes de los perjuicios se refiere el artículo 11 de la Ley 6ª.

La disposición del Decreto le concede al trabajador estos derechos: la indemnización de perjuicios a que haya lugar, esto es, los causados por el daño emergente y el lucro cesante, en lo cual se conforma a la norma de derecho material que desarrolla; y los salarios correspondientes al tiempo que faltare para el cumplimiento del plazo pactado o presuntivo.

Por lucro cesante entiende la ley (art. 1614 del C. C.) "la gracia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento".

Los salarios a que se refiere la norma del Decreto, constituyen el lucro cesante, de manera que establece una doble indemnización de perjuicios por dicho concepto, excediendo los límites del artículo 11 de la Ley 6ª.

Sobre el punto, el antiguo Tribunal Supremo, en sentencia del 17 de mayo de 1950, inserta la doctrina recibida en otra de sus decisiones, en la cual señala el entendimiento del artículo 51 del Decreto en cita, acorde con el concepto de esta Sala, antes expuesto. De ella son estos pasos:

"Un examen cuidadoso de nuestros textos ha convencido a este Tribunal que el derecho enunciado en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, como especial y distinto al que debe deducirse de la indemnización de perjuicios, carece de antecedentes y de respaldo en la Ley 6ª que reglamenta, la cual sólo consagró aquella indemnización en su forma reparadora de los perjuicios morales y materiales tan ampliamente conocida

en el Derecho colombiano. Jurídicamente, los salarios que el trabajador deja de percibir por la ruptura intempestiva e injusta de su contrato, constituyen la ganancia o provecho que deja de reportar y que legítimamente esperaba recibir —o forman parte de ella—, que es lo que se denomina lucro cesante, comprendido en la acción indemnizadora de perjuicios. Por consiguiente, cuando el Decreto establece el derecho a tales salarios además de esta indemnización, presenta como acción independiente lo que sólo es un elemento de la mencionada acción indemnizadora, y desvía el criterio interpretador hacia el reconocimiento distinto de cosas que se confunden. Tal distinción no es posible en nuestra legislación en vigor, y debe concluírse que, mientras la ley no lo consagre con carácter especial, a la manera de algunas legislaciones foráneas, el derecho al salario del tiempo faltante está comprendido en la acción de perjuicios establecida en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945".

La fuente de los perjuicios por el lucro cesante, de acuerdo con la disposición que precede, no es, pues, el artículo 51 del Decreto 2127, sino el artículo 11 de la Ley 6ª. Y como el cargo se limita a acusar violación de la previsión del Decreto, la proposición jurídica resulta incompleta y, por consiguiente, ineficaz para producir la quiebra de la sentencia. En consecuencia, se desecha el cargo.

6. Sostiene el recurrente que habiendo condenado el fallo del ad quem **al pago del auxilio de cesantía y debiendo además el patrono horas extras y lucro cesante, era del caso condenarlo al pago de la indemnización por mora, que en favor del trabajador reconocen los preceptos legales que el cargo relaciona.**

Se considera: entre las súplicas de la demanda inicial no figura la relativa al pago de la indemnización moratoria. Por este motivo no fue objeto de estudio y de decisión de los falladores de instancia. Plantear en casación un punto que no ha sido materia de debate en el proceso constituye un medio nuevo, inadmisible en el recurso extraordinario. Basta esta consideración para el rechazo del cargo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Víctor J. Acuña, por medio de apoderado, llamó a juicio a la Universidad Nacional de Colombia para que por sentencia definitiva fuera condenada al pago de lo siguiente: reajuste de cesantía, vacaciones, primas de servicio, dominicales y festivos, aumento del salario con retroactividad, indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, y costas del juicio.

Dice la demanda en sus fundamentos de hecho que Acuña le prestó servicios a la Universidad como Calderista de la Cafetería, desde el 16 de octubre de 1957 hasta el 24 de junio de 1959; que su vinculación con la Universidad estuvo regida por un contrato de trabajo; que el salario convenido fue el de $ 250.00, y de $ 330.00 al terminar el contrato; que la Universidad decretó un aumento general del salario a todos sus trabajadores, excluyendo al demandante; que éste laboró de 18 a 20 horas diarias en forma continua; que por la índole de la labor Acuña estuvo sometido a este horario: de 4 a. m. a 12 p. m.; que así trabajó y en jornada ordinaria, pero su valor no fue incluído en la liquidación de prestaciones; que el trabajo en los demás días festivos no le fue remunerado; que el patrono declaró insubsistente el nombramiento del trabajador, sin fundamento legal, el 24 de junio de 1959.

En derecho cita la demanda la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año; la Ley 64 de 1946 y demás disposiciones pertinentes.

No fue contestada la demanda. En la primera audiencia de trámite propuso el apoderado de la Universidad la excepción de declinatoria de jurisdicción y la de inexistencia de la obligación.

El juicio siguió su curso conforme al trámite de la ley, y culminó con sentencia de fecha 8 de abril de 1960, dictada por el Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá. La providencia condena a la Universidad a pagar al actor la suma de $ 30.80 por concepto de auxilio de cesantía, y la absuelve de los demás cargos. No hizo condena en costas.

Apeló el demandante. Resolvió el recurso de alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de fecha 14 de junio de 1960. La resolución confirma la del inferior, sin costas.

Interpuso el actor el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

La demanda de casación.

Impugna la sentencia del *ad quem* con el propósito de que sea casada por la Corte, y para que en instancia acoja las peticiones del libelo inicial.

De su texto se deduce que invoca la primera causal. Formula tres cargos.

Primer cargo:

Acusa violación directa de los artículos 1º y 3º de la Ley 6ª de 1945, en relación con el 12 de la Ley 141 de 1948, por aplicación indebida.

Motivan el cargo estas consideraciones:

La sentencia estimó que el actor estuvo vinculado a la administración pública por contrato de trabajo, y al mismo tiempo le niega los derechos emanados de esa relación jurídica, lo cual es contradictorio.

De las excepciones que contempla el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, según las cuales existe contrato de trabajo entre la administración pública y el empleado oficial, la sentencia colocó al demandante en la última, o sea la del trabajador oficial que presta servicios en instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma. A esta categoría pertenece la Universidad Nacional, porque es institución que puede crear un particular en la misma forma con un fin de lucro o sin éste, ya que el lucro no es lo que da la categoría de empresa, como erróneamente lo entiende la sentencia.

El artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre normas de aplicación supletoria, es aplicable al caso; a ese Código pertenece el artículo 194, según el cual es empresa toda unidad de explotación económica. La sentencia admite que Víctor Acuña trabajó en la cafetería de la Universidad, que tiene el carácter de una empresa aunque no ostente ánimo de lucro. La sentencia afirma que la nombrada institución no es una empresa, porque no persigue el lucro. Pero aun negándole la calificación, la Cafetería de la Universidad sí es una empresa, aunque le faltara el ánimo de lucro, pues de lo contrario no habría podido tener el demandante la calidad de empleado con contrato de trabajo.

El artículo 12 de la Ley 141 de 1948 establece diferencia entre obreros que trabajen a jornal en obras públicas y en las empresas del Estado, y los que devenguen en otra forma, lo cual es antitécnico, porque el artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo terminó con la distinción entre obreros y empleados.

La sentencia acepta que el actor le prestó servicios a una empresa del Estado en calidad de obrero, y, sin embargo, le niega el derecho que a su favor le concede "el artículo indebidamente aplicado". La forma de pago, a jornal o por meses no puede variar, modificar o quitar un derecho. Si Acuña era trabajador mediante contrato laboral y el patrono le exigía una jornada superior a la máxima legal, tiene derecho a que se le remunere el tiempo adicional.

La prohibición sobre pago de horas extras de que trata la Ley 141 de 1948 (art. 12) se refiere a los funcionarios y empleados administrativos, con estas excepciones: 1ª los obreros que trabajen a jornal en las obras públicas nacionales, y 2ª los que trabajen en las empresas del Estado. En la segunda excepción figura el demandante, porque no es funcionario ni empleado administrativo, como erróneamente lo califica la sentencia. Sin esa equivocación, habría condenado a la Universidad al pago de la suma de $ 7.832.82, valor de las horas extras, según el peritazgo del folio 132.

Dice el opositor que las transcripciones que hace el recurrente de apartes de la sentencia, demuestran que ésta no se rebeló contra lo dispuesto en los artículos 1º y 3º de la Ley 6ª de 1945, ya que el fallo reconoce la existencia del contrato laboral. En cuanto a la aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 141 de 1948, anota que el cargo debió haberse formulado a través de errores de hecho en la estimación de las pruebas; que los razonamientos que presenta tienden a demostrar las fallas del mandato y la interpretación que debe dársele.

Sobre la cuestión litigiosa a que el cargo se refiere, dice la sentencia:

I. *Contrato de trabajo.*

Víctor Julio Acuña prestó servicios de carácter material a la Cafetería de la Universidad Nacional, institución idéntica a la de los particulares, susceptible de ser fundada y manejada por ellos en forma igual a la de creación estatal. En consecuencia, los servicios prestados por el actor se identifican con una de las excepciones consagradas por el Decreto 2127 de 1945 (art. 4º), y se le debe considerar como trabajador vinculado a la administración pública por contrato de trabajo.

II. *Pago de horas extras.*

"No puede prosperar la petición porque el artículo 12 de la Ley 141 de 1948 prohibió terminantemente el pago de servicios en horas extras a los funcionarios y empleados administrativos, con la sola excepción de los obreros que trabajan a jornal en las obras públicas y en las empresas del Estado, y es evidente que la Universidad Nacional no puede ser calificada como empresa del Estado, puesto que el concepto empresa implica la idea de explotación económica. Y como la norma referida es aplicable a todo trabajador

oficial, sea empleado u obrero, salvo que este último lo sea de obras públicas o de empresas del Estado, la petición del actor no puede atenderse sin contrariar el mandato expreso de la ley".

Se considera:

No es atendible el cargo en cuanto acusa violación directa del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945. La norma se limita a definir el contrato de trabajo, pero por sí misma no crea, extingue o modifica relaciones jurídicas, y es bien sabido que en casación sólo inciden los preceptos de derecho material de la naturaleza expresada. Por lo demás, la infracción directa del precepto se habría producido si la sentencia niega la existencia de la relación contractual de trabajo entre las partes, en oposición al hecho probado que la demuestra, y ya se ha visto que el Tribunal acepta la realidad de aquella relación.

En cuanto a la violación directa del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, parágrafo 3º modificado por el artículo 1º de la Ley 64 de 1946, y del artículo 12 de la Ley 141 de 1948, por aplicación indebida, observa la Sala:

Las dos primeras normas establecen un recargo por trabajo en jornada nocturna y por el que se realiza en exceso de la jornada legal, y la última prohibe el pago de horas extras a los funcionarios y empleados administrativos, exceptuando de la prohibición a los obreros que trabajan a jornal en las obras públicas nacionales y en las empresas del Estado.

Las dos excepciones que establece la Ley de 1948 comprenden, como lo anota el recurrente: los obreros que trabajan a jornal en obras públicas nacionales; y los que laboran en empresas del Estado.

Dice el Tribunal que la Universidad Nacional no se puede considerar como empresa del Estado, porque el concepto empresa implica la idea de explotación económica, de que está desprovista la entidad demandada. Observa la Sala que la estimación del fallador tiene su apoyo en lo preceptuado por el artículo 6º de la Ley 64 de 1946, pues al definir lo que debe entenderse por empresa dice que es toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares o conexas. La explotación económica conlleva la idea de lucro, propia de toda actividad mercantil, ajeno a los fines de la enseñanza superior que como servicio público presta el Estado a través de la Universidad Nacional.

Alega el acusador que no es esencial a la empresa el ánimo de lucro; que siendo la Cafetería de la Universidad, en donde prestó sus servicios el actor, una empresa, aunque no se considere lucrativa su actividad, debe estimarse incluída en la segunda de las excepciones que contempla el precepto de la Ley de 1948.

La Sala observa que no sólo por haberle negado la sentencia la calidad de empresa a la Universidad le desconoce al demandante el derecho que pretende, sino por otras razones, que la acusación no destruye, a saber:

El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 —expone el fallador— distingue entre las empresas estatales con ánimo de lucro y las instituciones oficiales idénticas a las que pueden fundar y manejar los particulares, las cuales integran una categoría distinta a la de empresa y en las que no se advierten fines de lucro. Coloca al demandante como trabajador de una institución y no de una empresa. Por tanto, si el demandante no prestó servicios en una empresa del Estado, por ese mismo hecho no es un trabajador comprendido en la segunda de las excepciones de que trata el artículo 12 de la Ley 141 de 1948.

La sentencia no califica al demandante como empleado administrativo para excluírlo por ese motivo del derecho al pago de trabajo suplementario, sino como obrero. Pero no se funda en la distinción entre empleado y obrero —como lo asevera el recurrente— para el pronunciamiento en el sentido expuesto, sino en la consideración de que no habiendo prestado servicios en una empresa del Estado, no adquirió el derecho que reclama, cualquiera que sea la calificación que se le dé a la actividad desarrollada al servicio de la entidad demandada.

A lo expuesto se debe agregar lo que sigue:

Una de las modalidades de infracción de la ley por aplicación indebida, se presenta cuando entendida la norma rectamente, sin mediar errores de hecho o de derecho, no se la aplica al hecho probado que ella regula. A este aspecto del motivo de casación enunciado se refiere el recurrente, pues en su opinión es hecho probado el de que Acuña prestó servicios a una empresa del Estado, por lo cual se colocó en la situación de hecho prevista en el precepto de la Ley de 1948. En concepto del Tribunal no se contempla ese supuesto de hecho. Por consiguiente, no se da en el caso de autos la causal de casación que se alega.

Si en concepto del recurrente la prestación de servicios en empresas oficiales sin ánimo de lucro, queda bajo el imperio del artículo 12 de la Ley de 1948, en una de las dos excepciones allí establecidas, a pesar de lo cual la sentencia sostiene lo contrario, el error de juicio se produciría por falsa inteligencia del precepto, porque

el alcance que aquélla le fija restringe su campo de aplicación. Si ello es así, la infracción de la norma se produciría por su errónea interpretación, motivo de casación distinto del que alega el acusador.

No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Violación de los artículos 51 del Decreto 2127 de 1945, en concordancia con los artículos 64 y 66 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho evidente, como consecuencia de mala apreciación de pruebas.

Consistió el error en haber considerado la sentencia que el demandado había comunicado oportunamente al actor los motivos de terminación del contrato, esto es, las faltas graves en que había incurrido contra el superior jerárquico.

En apoyo del cargo dice el recurrente:

Para llegar a la conclusión expuesta, el fallador tuvo en cuenta las notas de folios 45 y siguientes, las cuales dan cuenta de presumibles faltas cometidas por el demandante, y de la determinación del Administrador de la Cafetería de suspender al responsable, como la de pedirle al Director de ella que declarara insubsistente el nombramiento de Acuña en su empleo de Calderista. Antes del juicio el actor no conoció las notas, ni fue llamado a descargos contra las faltas que se le imputaban.

Las pruebas de que se vale el Tribunal para justificar la ruptura del contrato, son las resoluciones de folios 52 y 53, relativas a la declaración de insubsistencia del nombramiento para el cargo que desempeñaba el demandante, las cuales no invocan ninguna causal de despido. Antes de la expedición del actual Código del Trabajo la jurisprudencia sentó la doctrina de que no se puede alegar dentro del juicio determinado hecho como constitutivo de justa causa para el despido del trabajador cuando al momento de operarse no se expresó que tal hecho fuese el motivo del retiro, ni se puede, a posteriori, tratar de establecer una causa de despido que no fue puesta en conocimiento del empleado oportunamente.

En la réplica del cargo dice el opositor que no concreta el concepto de la violación, como lo exige la ley, por lo cual debe ser rechazado. Agrega que, aun prescindiendo de su defectuosa formulación, no erró el Tribunal en la estimación de las pruebas, porque ellas demuestran las faltas cometidas por el trabajador y su vinculación con el despido.

Se considera:

Los fundamentos de la decisión recurrida para desechar la súplica sobre condena al pago de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, fueron éstos:

Con la declaración del testigo Luis Meléndez Mosquera demostró la Universidad una de las justas causas que para dar por terminado el vínculo establece el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945; aunque el patrono, al declarar insubsistente el nombramiento de Acuña en el cargo que desempeñaba, no invocó el motivo de la determinación, tal requisito no lo exigen las normas del mencionado estatuto.

Ante todo debe desechar la Sala el reparo sobre violación de los artículos 64 y 66 del Código Sustantivo del Trabajo, pues por mandato del artículo 4º, ibídem, las relaciones entre la administración pública y los servidores del Estado no se rigen por ese estatuto, sino por los especiales que posteriormente se dicten. No habiendo sido expedidos ellos, tales relaciones han quedado bajo el imperio de la legislación anterior a la codificada, normativa del contrato laboral entre particulares.

En cuanto a la infracción del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, se observa:

Dice la disposición: "Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar".

El citado Decreto es reglamentario de la Ley 6ª de 1945. Antecedente de la materia que regula la previsión del Decreto es el artículo 11 de la nombrada Ley, el cual dispone en su inciso 1º: "En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable".

La indemnización de perjuicios comprende, según el artículo 1613 del Código Civil, de aplicación en el contrato de trabajo, el daño emergente y el lucro cesante. A esos dos elementos integrantes de los perjuicios se refiere el artículo 11 de la Ley 6ª.

La disposición del Decreto le concede al trabajador estos derechos: la indemnización de perjuicios a que haya lugar, esto es, los causados por el daño emergente y el lucro cesante, en lo cual se conforma a la norma de derecho material que desarrolla; y los salarios correspondientes al tiempo que faltare para el cumplimiento del plazo pactado o presuntivo.

Por lucro cesante entiende la ley (art. 1614 del C. C.) "la gracia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido

la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento".

Los salarios a que se refiere la norma del Decreto, constituyen el lucro cesante, de manera que establece una doble indemnización de perjuicios por dicho concepto, excediendo los límites del artículo 11 de la Ley 6ª.

Sobre el punto, el antiguo Tribunal Supremo, en sentencia del 17 de mayo de 1950, inserta la doctrina recibida en otra de sus decisiones, en la cual señala el entendimiento del artículo 51 del Decreto en cita, acorde con el concepto de esta Sala, antes expuesto. De ella son estos pasos:

"Un examen cuidadoso de nuestros textos ha convencido a este Tribunal que el derecho enunciado en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, como especial y distinto al que debe deducirse de la indemnización de perjuicios, carece de antecedentes y de respaldo en la Ley 6ª que reglamenta, la cual sólo consagró aquella indemnización en su forma reparadora de los perjuicios morales y materiales tan ampliamente conocida en el derecho colombiano. Jurídicamente, los salarios que el trabajador deja de percibir por la ruptura intempestiva e injusta de su contrato, constituyen la ganancia o provecho que deja de reportar y que legítimamente esperaba recibir —o forman parte de ella—, que es lo que se denomina lucro cesante, comprendido en la acción indemnizadora de perjuicios. Por consiguiente, cuando el Decreto establece el derecho a tales salarios además de esta indemnización, presenta como acción independiente lo que sólo es un elemento de la mencionada acción indemnizadora, y desvía el criterio interpretador hacia el reconocimiento distinto de cosas que se confunden. Tal distinción no es posible en nuestra legislación en vigor, y debe concluírse que, mientras la ley no lo consagre con carácter especial, a la manera de algunas legislaciones foráneas, el derecho a los salarios del tiempo faltante está comprendido en la acción de perjuicios establecida en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945".

La fuente de los perjuicios por el lucro cesante, de acuerdo con la exposición que precede, no es, pues, el artículo 51 del Decreto 2127, sino el artículo 11 de la Ley 6ª. Y como el cargo se limita a acusar violación de la previsión del Decreto, la proposición jurídica resulta incompleta y, por consiguiente, ineficaz para producir la quiebra de la sentencia. En consecuencia, se desecha el cargo.

Tercer cargo:

Acusa violación directa de los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945, 9º del Decreto 2541 del mismo año, 1º del Decreto 797 de 1949, 8º de la Ley 6ª de 1945 y 2º de la Ley 14 de 1946, en armonía con el 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene el recurrente que habiendo condenado el fallo del *ad quem* al pago del auxilio de cesantía y debiendo además el patrono horas extras y lucro cesante, era del caso condenarlo al pago de la indemnización por mora, que en favor del trabajador reconocen los preceptos legales que el cargo relaciona.

El opositor anota que el patrono le pagó al demandante lo que estimó deberle por prestaciones sociales, y que la condena a su cargo por reajuste de cesantía se ha hecho como resultado del litigio, por lo cual no es procedente la condena a la indemnización por mora.

Se considera:

Entre las súplicas de la demanda inicial no figura la relativa al pago de la indemnización moratoria. Por este motivo no fue objeto de estudio ni de decisión por los falladores de instancia. Plantear en casación un punto que no ha sido materia de debate en el proceso constituye un medio nuevo, inadmisible en el recurso extraordinario. Basta esta consideración para el rechazo del cargo.

A 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, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial 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.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION

La sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva, o sea que implique un pronunciamiento de mérito, esto es, que estime o desestime las pretensiones materia del pleito. Si la sentencia no llena la exigencia legal de ser "definitiva" por haber dejado imprejuzgada la litis, el recurso de casación no es procedente.

De conformidad con las disposiciones vigentes, y para los efectos de la casación laboral, la sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva, o sea, que implique un pronunciamiento de mérito, esto es, que estime o desestime las pretensiones materia del pleito. La decisión adoptada en el presente juicio por el Tribunal Superior no afirma ni niega la existencia de los derechos reclamados en el juicio. Ella se limita a un examen de las cuestiones de rito, conforme a las prescripciones de derecho procesal, para llegar a la conclusión de que en el juicio se advierte la ausencia de determinadas condiciones que deben existir para hacer viable la acumulación de acciones intentada, situación equivalente a que la demanda no está en debida forma, lo que implica la existencia de un impedimento procesal que no permite un pronunciamiento de mérito.

Al respecto esta Sala de Casación Laboral, en providencia de fecha 22 de agosto de 1961, proferida dentro del juicio adelantado por Evelio Huertas contra el Municipio de Guateque, expresó lo siguiente:

"La demanda que no esté en debida forma ha sido considerada por la jurisprudencia como impedimento procesal capaz de impedir el pronunciamiento judicial de mérito, en forma similar a lo que ocurre cuando falta uno de los tres presupuestos procesales clásicos (competencia del juzgador, capacidad para ser parte y capacidad procesal o para estar en juicio), asignándole el mismo efecto atribuído a estos últimos, con la única diferencia de que respecto del primero y el tercero lo procedente es el decreto de nulidad. Es esta la doctrina que sostiene la Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia de 21 de julio de 1954 (LXXVIII, páginas 98 a 105), reiterada en decisiones posteriores, la cual, por referirse a la estructura del proceso, es de aplicación general".

En conclusión, como la sentencia que se examina no llena la exigencia legal, de ser "definitiva", pues dejó imprejuzgada la litis, el recurso de casación interpuesto no es procedente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio cinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.).

Ante el Juez Tercero del Trabajo de Medellín Alejandro o Alejandrino Alvarez V., por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra las sociedades denominadas "Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer)" y "Textiles Doña María S. A.", representadas, la primera por el señor Rodrigo Echavarría y la segunda por el doctor Darío Alvarez U., para que se condene solidariamente a las demandadas al pago de obligaciones y prestaciones derivadas de un contrato de trabajo celebrado entre las partes.

El Juzgado del conocimiento desató la controversia por sentencia de 9 de agosto de 1962, en el sentido de declarar "establecida en el presente juicio la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de acciones".

Como fundamento de la decisión, el Juzgado expresó que para que opere y sea posible la litis consorcio, en sus formas activa y pasiva, se requiere el cumplimiento de ciertas exigencias o requisitos que la hagan viable. Que la acumulación de acciones intentada en el juicio resulta

impropia y contraria a los principios que informan los artículo 209 y 396 del Código Judicial. Y, agrega: "resulta de todo lo anterior que ha habido una acumulación indebida que nuestro procedimiento rechaza y que hace imposible el pronunciamiento de fondo de la cuestión debatida, y que da origen a una excepción perentoria temporal que nuestros Tribunales han venido en denominar ineptitud sustantiva de la demanda y que será la que este Juzgado pronunciará".

Contra la sentencia de primer grado interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandante. El sentenciador de segundo grado, que lo fue el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de su Sala Laboral, confirmó el fallo del *a quo*.

La parte actora interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. La Sala procede a decidir sobre la admisión del recurso. Al respecto se observa lo siguiente: están sujetas al recurso de casación las sentencias dictadas por los Tribunales Seccionales del Trabajo (hoy Salas Laborales de los Tribunales Superiores), en juicios ordinarios de cuantía superior a $ 4.000.00 [artículo 86, literal a) del C. de P. L., en armonía con el artículo 9º del Decreto legislativo número 1762 de 1956].

De conformidad con la norma legal antes citada, y para los fines de la casación laboral, la sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva, o sea que implique un pronunciamiento de mérito, esto es, que estime o desestime las pretensiones materia del pleito. La decisión adoptada en el presente juicio, según aparece de la transcripción que de su parte resolutiva se hizo antes, no afirma ni niega la existencia de los derechos reclamados en el juicio. Ella se limita a un examen de las cuestiones de rito, conforme a las prescripciones de derecho procesal, para llegar a la conclusión de que en el juicio se advierte la ausencia de determinadas condiciones que deben existir para hacer viable la acumulación de acciones intentada, situación equivalente a que la demanda no está en debida forma, lo que implica la existencia de un impedimento procesal que no permite un pronunciamiento de mérito.

Al respecto esta Sala, en providencia de fecha 22 de agosto de 1961, proferida dentro del juicio adelantado por Evelio Huertas contra el Municipio de Guateque, expresó lo siguiente:

"La demanda que no esté *en debida forma* ha sido considerada por la jurisprudencia como impedimento procesal capaz de impedir el pronunciamiento judicial de mérito, en forma similar a lo que ocurre cuando falta uno de los tres presupuestos procesales clásicos (competencia del juzgador, capacidad para ser parte y capacidad procesal o para estar en juicio), asignándole el mismo efecto atribuído a estos últimos, con la única diferencia de que respecto del primero y el tercero lo procedente es el decreto de nulidad. Es esta la doctrina que sostiene la Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia de 21 de julio de 1954 (LXXVIII, págs. 98 a 105), reiterada en decisiones posteriores, la cual, por referirse a la estructura del proceso es de aplicación general".

En consecuencia, si la sentencia que se examina no llena la exigencia legal, de ser "definitiva", pues dejó imprejuzgada la litis, el recurso de casación interpuesto no es procedente.

Por lo expuesto, se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto en este negocio, y se ordena la devolución de los autos al Tribunal de su procedencia.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL. — PENSION DE INVALIDEZ Y PREVIA CALIFICACION MEDICA. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

1. La infracción directa de la ley se presenta cuando al hecho indiscutido en el juicio la sentencia no aplica la norma legal que lo regula. Es cuestión de hecho saber si existe o no una incapacidad para el trabajo. — 2. La aplicación indebida de la ley presenta dos modalidades: una directa, sin mediar errores de hecho o de derecho, y otra indirecta a través de errores en la actividad probatoria del sentenciador. Requisito formal de la demanda de casación es el de expresar el concepto de la infracción, porque son varios los motivos que pueden conducir a la quiebra de la decisión y diversos sus fundamentos. — 3. Acierta el Tribunal al decir que para decretar la pensión de invalidez se requiere la previa calificación médica. Ni puede esa prueba sustituírse por otra, porque para la hipótesis que se contempla es la establecida por la ley, de obligatoria observancia para el fallador. La inactividad en la producción de una prueba es cuestión extraña a la violación de la ley sustancial, sin incidencia en casación.

1. La infracción directa de la ley se presenta cuando al hecho indiscutido en el juicio la sentencia no aplica la norma legal que lo regula.

Ahora bien, según el recurrente, el quebranto del artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo —cuya violación directa acusa—, se funda en que el trabajador padeció dos incapacidades, cada una de las cuales le daba derecho a las prestaciones a que la disposición se refiere, por el término de seis meses. Observa la Sala que no es hecho aceptado por los litigantes el que afirma el recurrente, por lo cual el cargo no es atendible por violación directa de la norma.

Es cuestión de hecho saber si existe o no una incapacidad para el trabajo. Por tanto, si el demandado no lo acepta, como ocurrió en el caso de autos, es necesario examinar las pruebas aportadas al proceso para saber si se halla o no establecido. Fue eso lo que hizo el Tribunal, llegando a la conclusión de que los elementos de juicio de que hace mérito acreditan que sólo existió una incapacidad. Así las cosas, si la realidad procesal demuestra que las incapacidades fueron dos, el cargo ha debido formularse por error evidente de hecho en la valoración de los medios probatorios corrientes en autos, o por su inestimación. El cargo no prospera.

2. La aplicación indebida de la ley presenta dos modalidades: una directa, cuando entendida la norma en su recto sentido, sin mediar errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado que no regula, o se la aplica a ese hecho probado llegando a consecuencias contrarias a las previstas por la regla jurídica; y otra indirecta a través de errores de hecho o de derecho en la actividad probatoria del sentenciador.

No indica la acusación si la aplicación indebida de las normas cuya violación acusa se produjo con prescindencia de errores de hecho o de derecho, o a causa de cualquiera de ellos. De acuerdo con jurisprudencia constante de la corporación, requisito formal de la demanda de casación es el de expresar el concepto de la infracción, porque son varios los motivos que pueden conducir a la quiebra de la decisión y diversos sus fundamentos. El efecto de orden técnico que se anota basta para el rechazo del cargo.

3. Acierta el Tribunal al decir que para decretar la pensión de invalidez se requiere la previa calificación médica, exigida por el artículo 280 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 204, ibídem, literal b) de su numeral 2º, calificación que debe efectuar el médico patronal, o los médicos de la Medicina e

Higiene Industrial, o los legistas, en su caso, como lo previene la segunda de las disposiciones citadas. Ni puede esa prueba sustituírse por otra, porque para la hipótesis que se contempla es la establecida por la ley, de obligatoria observancia para el fallador (art. 61 del Código de Procedimiento Laboral).

Carece de toda consistencia el argumento de que siendo obligación del médico del patrono calificar la incapacidad, no puede escudarse en su inejecución para negar el derecho que pretende el demandante, porque, en tal supuesto, habría podido solicitar que la calificación la hubiera hecho la Medicina Industrial y, en su defecto, los médicos legistas.

Tampoco es valedero el reparo de que el Juez ha debido ordenar de oficio la práctica de la pericia médica, pues aunque corresponda al Juez apreciar si decreta o no la prueba, nada le impedía al actor solicitarla. Por lo demás, la inactividad en la producción de una prueba es cuestión extraña a la violación de la ley sustancial, sin incidencia en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Gabriel Pérez Escalante, obrante como heredero de Domingo Pérez H., llamó a juicio ordinario a las Empresas Públicas Municipales de Cúcuta para que con su audiencia fueran condenadas a pagarle a la sucesión de Domingo Pérez lo siguiente: asistencia médica, farmacéutica, hospitalaria y quirúrgica, con ocasión de una fractura sufrida por el causante, las erogaciones que éste hizo para el tratamiento, pasajes y gastos de transporte, todo lo cual estima en la suma de $ 70.000.00, una pensión de invalidez en cuantía de $ 811.00, desde el 20 de mayo de 1957 hasta el día del fallecimiento de Domingo Pérez; la indemnización por mora, y las costas del juicio.

Dijo el apoderado del actor en la demanda que Domingo Pérez le prestó servicios a las Empresas, en calidad de Administrador, desde el 24 de noviembre de 1954 hasta el 9 de septiembre de 1956, fecha en que sufrió un accidente que tuvo por causa la fractura del fémur; que debido al accidente no pudo seguir desempeñando sus labores (hechos 1º, 2º y 3º); que como auxilio por enfermedad no profesional el patrono le pagó al trabajador las dos terceras partes del sueldo, del 11 de septiembre al 21 de noviembre de 1956 (hecho 4º); que el 22 de noviembre del mismo año el empleado se reincorporó al ejercicio de sus funciones, por hallarse en condiciones satisfactorias, hasta el 10 de enero de 1957, según consta en nota del Secretario de la Junta Administradora para el Contralor Municipal, recibiendo durante el indicado período de tiempo el sueldo completo (hechos 5º y 6º); que debido a una recaída, por mala consolidación de la fractura, el empleado no pudo seguir prestando sus servicios, y por tal motivo el patrono le pagó las dos terceras partes del sueldo, por noventa días, a partir del 11 de enero de 1957, como auxilio por enfermedad no profesional (hecho 7º); que del 11 de abril al 20 de mayo de 1957 las Empresas le pagaron al trabajador el 50% del sueldo, "no obstante haber continuado la incapacidad", por tiempo inferior a noventa días; que el médico de las Empresas y uno particular, especialista en ortopedia, conceptuaron que era necesaria una intervención quirúrgica del paciente en los Estados Unidos (hecho 9º); que para agotar los tratamientos en el país, el empleado se hospitalizó en la Clínica de Palermo de Bogotá en abril de 1957, de lo cual dio aviso a las Empresas su apoderado; que como los médicos de la Clínica también fueron de concepto que el paciente debía trasladarse a los Estados Unidos, éste realizó el viaje a sus expensas, costeando los gastos de hospital y los de intervención quirúrgica (hechos 10 y 11); que el representante del empleado le reclamó al patrono el reintegro de los gastos, resolviendo éste que debía ser decidido por la justicia del trabajo (hecho 12); que terminado el tratamiento, Domingo Pérez estuvo incapacitado en absoluto para trabajar hasta el 10 de octubre de 1958, fecha de su fallecimiento (hecho 13); y que las Empresas Públicas fueron creadas por acuerdo del Concejo Municipal de Cúcuta de 1947 (hecho 14).

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, su duración hasta el 9 de septiembre de 1956, el accidente sufrido por el actor, el pago del auxilio monetario por enfermedad no profesional y el del salario completo del 22 de noviembre de 1956 al 10 de enero de 1957, no obstante que durante ese lapso el empleado no prestó servicios. Afirma que éste recibió asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por más de seis meses. Respecto de los demás hechos, los niega o los acepta con aclaraciones.

Propuso las excepciones de pago y compensación.

En primera instancia terminó el juicio por sentencia de fecha 19 de mayo de 1960, dictada por el Juzgado del Trabajo de Cúcuta. La resolución declara probada la excepción de pago en cuanto a la prestación de que trata el artículo

277 del Código Sustantivo del Trabajo. Absuelve a las Empresas de los demás cargos, e impone las costas a la parte demandante.

Apeló la parte vencida. La sentencia decisoria de la relación de segundo grado, de fecha 16 de septiembre de 1960, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pamplona, confirmó la del inferior, con costas a cargo del apelante.

La parte actora interpuso el recurso de casación contra el fallo del *ad quem,* que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

El recurso.

Aspira a que la Corte case la sentencia de segundo grado y, en su lugar, condene a las Empresas de acuerdo con lo pedido en la demanda inicial.

Se deduce del alegato que lo sustenta que invoca la causal primera de casación. Formula dos cargos, que se estudian en su orden.

Primer cargo.

Violación directa del artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentarlo dice el recurrente:

Domingo Pérez desempeñó el cargo de Administrador de las Empresas, en la primera etapa, hasta el 9 de septiembre de 1956, fecha en que sufrió el accidente que le impidió continuar en el empleo. El 22 de noviembre del mismo año reanudó sus labores hasta el 10 de enero de 1957, fecha en que se retiró nuevamente debido a una recaída de su dolencia por mala consolidación de la fractura ocasionada por el accidente.

Se trata, pues, de dos incapacidades y no de una sola, como lo sostiene el Tribunal. La segunda incapacidad comenzó el 10 de enero de 1957, de manera que desde esa fecha corría a cargo del patrono la obligación de suministrarle al trabajador las prestaciones en especie, durante seis meses, de acuerdo con la norma legal citada, para lo cual no podía sumarse el primer período de incapacidad al segundo, como lo hizo el fallador, ya que ello no es posible, como lo ha dicho la Corte en su jurisprudencia.

Sobre el punto a que el cargo se refiere, dice la sentencia:

Es hecho demostrado en el juicio, acreditado con la certificación del folio 26, que desde el día siguiente al en que ocurrió el accidente (10 de septiembre de 1956) el patrono le suministró al trabajador las prestaciones en especie de que trata el artículo 277 del Código por tiempo superior a seis meses. No desconoce el hecho la parte actora, pero alega que Domingo Pérez volvió al trabajo el 29 de noviembre de 1956, restablecido de las consecuencias del accidente, por lo cual tuvo dos períodos de incapacidad, no siendo permitido sumar el primero al segundo, "para efectos de computar el tiempo y el auxilio por esta causa".

Agrega la sentencia: para demostrar la reanudación de labores a partir del 29 de noviembre de 1956, la misma parte se acoge al certificado de folios 8 y 9, según el cual Pérez se reincorporó al cargo desde el 22 de noviembre del año citado hasta el 10 de enero de 1957; pero infirman la atestación estas declaraciones: la del Secretario de las Empresas, (f. 49); la de su Contador (f. 50), y la de Jorge E. Sánchez (f. 56), también empleado de aquéllas. Según los testimonios, el trabajador no volvió a ejercer sus funciones después de la fecha del accidente.

Sin embargo, aun en el supuesto, dice el *ad quem,* de que Pérez hubiera reanudado sus labores, la realidad es la de que sólo sufrió una incapacidad, la producida por la fractura del fémur izquierdo, pues el hecho de su separación el 10 de enero de 1957 por causa de la enfermedad ocasionada por la fractura, está indicando que la anterior incapacidad subsistía.

En estas circunstancias —anota la sentencia— la obligación de suministrar la asistencia a que se refiere el artículo 277 en cita, concluía para las Empresas el 9 de mayo de 1957, y ya se observó que la prestó por un lapso superior al exigido por el precepto.

Se considera:

La infracción directa de la ley se presenta cuando al hecho indiscutido en el juicio la sentencia no aplica la norma legal que lo regula.

Ahora bien, según el recurrente, el quebranto del artículo 277 se funda en que el trabajador padeció dos incapacidades, cada una de las cuales le daba derecho a las prestaciones a que la disposición se refiere, por el término de seis meses. Observa la Sala que no es hecho aceptado por los litigantes el que afirma el recurrente, por lo cual el cargo no es atendible por violación directa de la norma.

Es cuestión de hecho saber si existe o no una incapacidad para el trabajo. Por tanto, si el demandado no lo acepta, como ocurrió en el caso de autos, es necesario examinar las pruebas aportadas al proceso para saber si se halla o no establecido. Fue eso lo que hizo el Tribunal, llegando a la conclusión de que los elementos de juicio de que hace mérito acreditan que sólo existió una

incapacidad. Así las cosas, si la realidad procesal demuestra que las incapacidades fueron dos, el cargo ha debido formularse por error evidente de hecho en la valoración de los medios probatorios corrientes en autos, o por su inestimación.

El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Aplicación indebida de los artículos 278, 280 y 217 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dice el recurrente que la sentencia desechó la súplica sobre pago de la pensión de invalidez, porque aunque las declaraciones de los doctores Jorge Pérez y Jorge Cristo afirman que Domingo Pérez quedó en incapacidad absoluta para el trabajo, la prueba adecuada es la pericial, y porque además no fue declarado el estado de invalidez. Critica esas apreciaciones del fallador así:

Si los dos médicos estimaron que el trabajador se hallaba absolutamente incapacitado, sobraba clasificar la incapacidad. Realizar ese acto es obligación del patrono, según el artículo 217, de manera que si lo omitió, no puede alegar su negligencia para negar la prestación. Dice, por último, que si los Jueces de instancia estimaban necesaria la práctica de la prueba pericial, han debido decretarla, porque es a ellos a quienes corresponde ordenar de oficio.

Se considera:

La aplicación indebida de la ley presenta dos modalidades: una directa, cuando entendida la norma en su recto sentido, sin mediar errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado que no regula, o se la aplica a ese hecho probado llegando a consecuencias contrarias a las previstas por la regla jurídica; y otra indirecta a través de errores de hecho o de derecho en la actividad probatoria del sentenciador.

No indica la acusación si la aplicación indebida de las normas cuya violación acusa se produjo con prescindencia de errores de hecho o de derecho, o a causa de cualquiera de ellos. De acuerdo con jurisprudencia constante de la corporación, requisito formal de la demanda de casación es el de expresar el concepto de la infracción, porque son varios los motivos que pueden conducir a la quiebra de la decisión y diversos sus fundamentos. El efecto de orden técnico que se anota basta para el rechazo del cargo.

Por lo demás, aun pasando por alto el reparo, acierta el Tribunal al decir que para decretar la pensión de invalidez se requiere la previa calificación médica, exigida por el artículo 280 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 204, ibídem, literal b) de su numeral 2º, calificación que debe efectuar el médico patronal, o los médicos de la Medicina e Higiene Industrial, o los legistas, en su caso, como lo previene la segunda de las disposiciones citadas. Ni puede esa prueba sustituírse por otra, porque para la hipótesis que se contempla es la establecida por la ley, de obligatoria observancia para el fallador (art. 61 del C. P. L.).

Carece de toda consistencia el argumento de que siendo obligación del médico del patrono calificar la incapacidad, no puede escudarse en su inejecución para negar el derecho que pretende el demandante, porque, en tal supuesto, habría podido solicitar que la calificación la hubiera hecho la Medicina Industrial, y, en su defecto, los médicos legistas.

Tampoco es valedero el reparo de que el Juez ha debido ordenar de oficio la práctica de la pericia médica, pues aunque corresponda al Juez apreciar si decreta o no la prueba, nada le impedía al actor solicitarla. Por lo demás, la inactividad en la producción de una prueba es cuestión extraña a la violación de la ley sustancial, sin incidencia en casación.

El cargo no prospera.

A 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, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

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.

RECLAMACION DE SALARIOS Y PRESTACIONES. — SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FUERZA MAYOR. — PRUEBA DE LA OBLIGACION DE EFECTUAR EL SEGURO DE VIDA COLECTIVO. — INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

1. No cabe excluír la posibilidad de que ciertos hechos imprevisibles en su aparición y a los que no es dable resistir, impidan durante un tiempo más o menos prolongado la ejecución del contrato de trabajo. Ni el ordinal e) del artículo 61, ni el numeral 3º del 51 del Código Sustantivo del Trabajo pueden entenderse en el sentido de que toda suspensión de actividades que exceda de 120 días da lugar a la terminación del contrato de trabajo. — 2. Empresas obligadas a efectuar el seguro de vida colectivo. A quién corresponde probar que la empresa está obligada a ello.

1. Sostiene el acusador que el fallo incurrió en interpretación errónea de la ley en relación con los preceptos que regulan la fuerza mayor y el caso fortuito. Se hace residir la interpretación errónea en el concepto que expone el Tribunal en los siguientes apartes de su providencia:

"Como el apoderado de la parte actora ha tratado de establecer una simple suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor (art. 51, numeral 1º, del C. S. T.), es necesario establecer previamente si de autos resulta suficientemente probada tal causal de suspensión, o si, por el contrario, se trata de la existencia de dos contratos de trabajo diferentes. Sobre este particular, es bueno anotarlo previamente, la presunta suspensión habría cobijado un lapso superior a un año, circunstancia ésta que, por el tiempo transcurrido, contraría la esencia misma de lo que debe entenderse por el fenómeno jurídicc de la fuerza mayor. En efecto, la alegación de una fuerza mayor no puede estar pendiente, de modo indefinido, es decir, durante meses y meses para luego presentarla como causal de suspensión de un contrato de trabajo. Si ello fuese así, después de períodos superiores a un año podrían alegarse simples suspensiones contractuales laborales, como en el caso presente, quedando consecuencialmente los patronos que también son partícipes de esa fuerza mayor en sus vidas y haciendas, con una verdadera espada de Damocles pendiente sobre sus cabezas y sus bienes. Y entonces también la expresión utilizada por el Código sobre la fuerza mayor o caso fortuito como causal de suspensión del contrato, 'que temporalmente impida su ejecución', quedaría en forma ilimitada o indeterminada. La misma Ley 95 de 1890, en su artículo 1º, cuando pone como ejemplos de fuerza mayor o caso fortuito un naufragio o un terremoto, aparte de la imprevisibilidad y de la independencia de la voluntad, claramente está estableciendo un límite temporal, un lapso corto de duración, que en manera alguna podría llegar a períodos de tiempo hasta más de un año, como en el caso que nos ocupa. Además, si para la terminación del contrato existe como causal la suspensión de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte días (cuatro meses apenas) [art. 61, ordinal e) del Código Sustantivo del Trabajo], con mucha mayor razón no puede alegarse una fuerza mayor o un caso fortuito que sobrepase este límite, para alegarlo como simple causal de suspensión del contrato".

El recurrente alega que no habiendo fijado la ley un término hasta el cual pueda operar el caso fortuito, el juzgador carece de facultad para limitarlo, de donde deduce que cualquiera que sea su duración, el contrato de trabajo no deja de existir sino que simplemente se interrumpe.

Considera la Sala:

Aunque por regla general el carácter de fuerza mayor o caso fortuito se atribuye a fenómenos de corta duración, en el Derecho Laboral, que

tiende a asegurar la estabilidad del trabajador, no cabe excluír la posibilidad de que ciertos hechos, imprevisibles en su aparición y a los que no es dable resistir, impidan, durante un tiempo más o menos prolongado, la ejecución del contrato, sin que en ello intervenga la voluntad de las partes. Tal sería, por ejemplo, entre nosotros la especie de guerra civil que agobió durante algún tiempo varias comarcas del país, o el bandolerismo, cuando éste se presenta súbitamente en regiones antes no afectadas por él y perdura allí a lo largo de semanas y aun de meses.

Ni el ordinal e) del artículo 61 ni el numeral 3º del 51 del Código Sustantivo del Trabajo pueden entenderse en el sentido de que toda suspensión que exceda de ciento veinte días da lugar a la terminación del contrato, porque, de una parte, esas disposiciones se refieren exclusivamente a la suspensión de actividades "por parte del patrono", o a la clausura, total o parcial, de la empresa, establecimiento o negocio (por razones técnicas o económicas), y de otra, hay motivos de simple suspensión por tiempo mucho mayor, como en el caso del trabajador llamado a prestar servicio militar.

Así, pues, la interpretación que el Tribunal le da al artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 1º, en relación con el 1º de la Ley 95 de 1890, es demasiado absoluta, ya que no consulta realidades de trascendencia jurídica como las anotadas. De consiguiente, resulta errónea y debe rectificarse por la Sala en lo que haya lugar.

Dada la circunstancia, en el caso en estudio, de que la situación de orden público que determinó la suspensión en la prestación de los servicios del trabajador, sobrevino en la zona en que estaba ubicada la finca donde los prestaba, en forma imprevisible, y llegó a ser irresistible, debe entenderse que el contrato de trabajo se suspendió durante el respectivo período, por fuerza mayor (art. 51 del C. S. T., numeral 1º).

2. El fallador, con apoyo en el texto del artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, estima que "es requisito indispensable" para que un patrono o empresa se halle obligado a efectuar a su cargo el seguro de vida a sus trabajadores permanentes, "que tenga una nómina de salarios de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales"; y agrega que "como no se ha probado en el presente caso la existencia de una nómina de salarios por este valor, forzoso es concluír que estamos en presencia de un patrono no obligado a efectuar a su cargo seguro de vida colectivo obligatorio".

La Sala encuentra acertado el criterio del fallador, puesto que si el demandante solicitó el reconocimiento y pago del seguro de vida colectivo obligatorio, ha debido demostrar que la demandada estaba obligada a ello, en los términos de la ley. Sólo en tratándose del capital de la empresa, y por fuerza de lo dispuesto en el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, se exige al patrono la presentación de la prueba que acredite su valor, equivalente al del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, en atención a que el trabajador no podría obtener esa prueba en virtud de la reserva que protege las declaraciones de renta y patrimonio y sus respectivas liquidaciones. Pero cosa distinta del capital es la nómina de empleados, cuyo valor resulta de fácil comprobación, ya sea mediante inspección ocular o por otro medio adecuado al efecto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., siete de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

Aurelio Ballesteros, por medio de apoderado, y en su condición de padre de Samuel Ballesteros, demandó a la sucesión de Sagrario Fonseca Avella, representada por sus herederos Flor Angela Fonseca Avella de Castro y Gabriela Moreno de Hernández, y por el albacea testamentario Martín Hernández Moreno, con el fin de que fuera condenada a pagarle los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que se hizo acreedor su mencionado hijo por los servicios que prestó al causante señor Fonseca Avella.

Según la demanda, Samuel Ballesteros trabajó ininterrumpidamente como dependiente de Sagrario Fonseca en la finca "La Angelereña", desde el mes de enero de 1946 hasta el año de 1950, inclusive; habiendo sido asesinado Fonseca en febrero de 1951, el trabajador, por el temor de perder la vida él también, dada la violencia que afectaba la región, y encontrándose, además, en mal estado de salud, se vió obligado a suspender las labores que le habían sido encomendadas, o sea las de encargado o administrador de "La Angelereña"; el 11 de enero de 1952 reanudó dichas labores, pero esta vez bajo las órdenes de Martín Hernández Moreno, y las desempeñó hasta el 22 de marzo de 1953, fecha en que fue muerto por acción del Ejército; durante el primer período devengó $ 200.00 mensuales, y en el segundo $ 300.00; los sueldos de los últimos años de salario no le fueron pagados, como tam-

poco el seguro de vida ni las otras prestaciones e indemnizaciones correspondientes a todo el tiempo de servicio.

Fundó el derecho en los artículos 61 y siguientes, 23, 24, 58, 61, 67, 172, 180, 186, 133, 249, 253, 306 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, y en los Decretos 3871 de 1949, 51 y 70 de 1950 y demás disposiciones pertinentes.

La demandada Flor Angela Fonseca de Castro negó los hechos principales afirmados por el actor, y manifestó que éste carecía "de personería adjetiva y sustantiva para demandar". Martín Hernández Moreno y Gabriela Moreno viuda de Hernández en su respuesta admitieron "que Samuel Ballesteros falleció el 22 de marzo de 1953 en las Sabanas de Corozal (Casanare)". "Respecto de los otros hechos declararon que el demandante debía probarlos, y en la primera audiencia de trámite propusieron la misma excepción mencionada y la de prescripción.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo Civil del Circuito de Sogamoso, en su fallo declaró probada la prescripción de la acción en cuanto a las prestaciones sociales que pudieron corresponder a Samuel Ballesteros o a sus herederos por los servicios prestados durante el período comprendido desde el año de 1946 hasta el 14 de septiembre de 1950 (numeral primero), y condenó a la sucesión de Sagrario Fonseca a pagar a la sucesión de Samuel Ballesteros la suma de $ 1.600.00 por concepto de salarios, cesantía, prima de servicios, vacaciones e indemnización por muerte o seguro de vida, teniendo en cuenta únicamente el contrato cuya vigencia empezó el 16 de enero de 1952 y terminó el 22 de marzo de 1953 (numeral segundo), y además a cubrir el valor de dos pares de calzado y dos overoles (numeral tercero). Se abstuvo de hacer condenación en costas (numeral cuarto).

Interpuesto el recurso de apelación por ambas partes para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, éste confirmó el numeral primero del fallo de primer grado; modificó el numeral segundo, en el sentido de condenar a la parte demandada al pago de la suma de $ 4.391.16, por concepto de salarios insolutos, cesantía, vacaciones y prima de servicios, descontando la cantidad de $ 1.000.00, reconocida en el pasivo de la sucesión demandada a favor de los herederos de Samuel Ballesteros; revocó el numeral tercero; absolvió de los demás cargos de la demanda; confirmó la absolución de costas de primera instancia, y no condenó por este concepto en la segunda. Recurrió en casación el apoderado del demandante. Concedido el recurso, admitido y tramitado legalmente, va a decidirse, previo el estudio de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Pretende el recurrente que se case parcialmente la sentencia de segundo grado en cuanto declaró la prescripción de la acción para las prestaciones sociales y demás derechos surgidos del contrato de trabajo que rigió entre el mes de enero de 1946 y el 11 de enero de 1952, y absolvió de la petición por seguro de vida, y que en su lugar, casada la sentencia, se hagan las condenas respectivas.

En dos capítulos el recurrente formula, involucrándolos, dos grupos de cargos, unos por error de hecho en la apreciación de las pruebas, y otros por interpretación errónea de la ley.

No obstante las deficiencias de técnica en que incurre el impugnador, la Sala procede a estudiarlos, ya que su desarrollo da alguna base para ello.

Disposiciones violadas.

Señala los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 1º de la Ley 95 de 1890 y el 1604 del Código Civil, en lo relativo a fuerza mayor y caso fortuito; 468 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; 149 y 151 del Código Procesal del Trabajo, y 2529 del Código Civil, sobre prescripción; 306, 204, 214, 305, 314, 300, 289 y 292 del Código Sustantivo del Trabajo, y 66 del Código Civil, inciso tercero, en lo atinente al seguro colectivo de vida por muerte.

Errores de hecho.

Los errores de hecho a través de los cuales, en opinión del recurrente, ocurrió el quebranto de los preceptos legales citados, consisten en la equivocada estimación de los testimonios de Marco T. Mariño y Marco A. Torres (folio 18, cuaderno principal), "puesto que ellos son contradictorios entre sí, no arrojan evidencia alguna sobre el hecho afirmado por el honorable Tribunal", y en la falta de estimación de la confesión presunta de la demandada Flor Angela Fonseca de Castro (folio 23, ibídem), de la declaración de Marcos Hernández (folio 34, ibídem), de la de Carmen Fonseca (folios 6, 7 y 8, cuaderno segundo), de la partida tercera del inventario y avalúo de los bienes relictos de Sagrario Fonseca y de la certificación expedida por el Auditor Sexto de Guerra de la Brigada de Institutos Militares.

Acerca de estas últimas pruebas, dice el recurrente:

"Analizando las pruebas citadas resulta: Carmen Fonseca, en su declaración, expresa: 'Conocí al trabajador Samuel Ballesteros como mayordomo del hato mencionado (La Angelereña), que era de Sagrario Fonseca, mi hermano, desde el año de 1946, trabajando, y agrega: 'cuando mataron a mi hermano Sagrario Fonseca, Samuel Ballesteros estaba trabajando en el hato 'La Angelereña'...'". "Que en los años de 1950 y 1951 permaneció en Sogamoso porque en el Llano no se podía vivir con la violencia...". "...antes y después de la muerte de Sagrario Fonseca, Samuel Ballesteros era administrador del hato 'La Angelereña' ". Marcos Hernández: "Conocí directa y personalmente a Samuel Ballesteros en el año de 1947 trabajando como encargado del hato 'La Angelereña'...". "Cuando bajé en 1954 me contaron los trabajadores que habían asesinado a Samuel Ballestreros". "...en el año de 1950 y 1951 era invivible la región de Casanare a causa de la violencia, y no pudimos volver allá". ... "sé que en los inventarios de la sucesión de Sagrario Fonseca le asignaron a Samuel Ballesteros una partida de un mil pesos para arreglarle lo que le debían, pero el padre no aceptó por ser muy poco". La certificación del Auditor 6º de Guerra: "En los años de 1950 a 1953, inclusive, existió en Casanare una gravísima situación de orden público que hizo realmente invivibles estas zonas".

Se considera:

Respecto de las declaraciones de Mariño y Torres, el fallador de segunda instancia anota:

"Tampoco sobra advertir que, dos declarantes compañeros de trabajo de Samuel Ballesteros expresan enfáticamente que por las labores desarrolladas en el hato de la referencia hasta fines del año de 1950, le fueron cancelados a éste el valor correspondiente" (Marco Tulio Mariño y Marco A. Torres, fls. 18 y 19 vto.).

El texto de las declaraciones, en lo pertinente, es como sigue:

"*Preguntado.* "Sírvase decir si cuando dejaron el trabajo de la fundación mencionada (La Angelereña), usted supo si a Samuel Ballesteros le pagaron todas sus prestaciones? *Contestó:* "A todos nos pagaron nuestro sueldo devengado y prestaciones, y firmamos un recibo para constancia. Aclaro que cuando nos vinimos nos pagaron lo del pasaje, dándonos bestias desde la fundación hasta El Maní, y de ahí nos vinimos en avión. Nos dieron treinta pesos ($ 30.00) moneda legal, a cada uno, y aquí en el 'Almacén Colombia' nos cancelaron todo lo que nos debían" (declaración de Mariño).

"... Yo estuve en tal fundación hasta el 12 de septiembre del mismo año de 1950, yo me vine en compañía del tal Samuel Ballesteros, ese mismo día para Sogamoso, ... tan sólo si vi de que dicho señor Samuel Ballesteros sí traía un recibo firmado por el señor Sagrario Fonseca, quien seguramente le arregló todo su trabajo. Ese recibo o autorización fue conmigo y lo presentamos en el 'Almacén Colombia', y allí nos dijo el señor Martín Hernández que por el momento no había plata, pero que volviéramos al día siguiente para pagarnos. A mí me canceló todo lo que se me adeudaba, otro día después necesité del señor Ballesteros una pregunta, cual le hice sobre si le habían pagado, y me contestó que parte, que todavía le estaban debiendo, esto fue como a los dos o tres días de que llegamos a ésta...".

"*Preguntado:* ¿Sírvase decir si cuando dejaron el trabajo de la fundación mencionada usted supo si a Samuel Ballesteros le pagaron todas las prestaciones? *Contestó:* Ante ese sentido no puedo dar fe, como ya dije, trajo un recibo para el 'Almacén Colombia' para que le pagaran..." (declaración de Torres).

De la confrontación de estas declaraciones no aparece una contradicción ostensible. Los dos testigos coinciden en afirmar que al abandonar la finca en septiembre de 1950, en compañía de Ballesteros, recibieron autorización dirigida al "Almacén Colombia", para que éste les pagara las prestaciones a que tenían derecho, y que efectivamente les fueron pagadas, si bien Torres da cuenta de que Ballesteros, según manifestación que el mismo le hizo, no recibió sino una parte y que le estaban debiendo todavía el resto.

En lo tocante al tiempo de servicios del trabajador Ballesteros, el Tribunal se expresa así:

"De lo anterior claramente se infiere que el trabajador Samuel Ballesteros laboró en el hato denominado 'La Angelereña', de propiedad del señor Sagrario Fonseca, en dos épocas diferentes y perfectamente delimitadas: la primera, del año de 1946 (enero) hasta 'el año de 1950, inclusive', y en vida del propietario del mencionado hato, señor Sagrario Fonseca; la segunda etapa, del año de 1952 (11 de enero) hasta su muerte, acaecida en forma violenta el 22 de marzo de 1953, esta vez bajo las órdenes y dependencia del albacea testamentario con tenencia de bienes, señor Martín Hernández Moreno".

Tal conclusión se ciñe a lo que afirmó el demandante en los hechos primero, segundo, tercero y cuarto del libelo inicial, y está acorde con las pruebas que el recurrente destaca.

Por tanto, no resultan comprobados los errores de hecho que plantea el recurrente.

Interpretación errónea de la ley.

Sostiene el acusador que el fallo incurrió en interpretación errónea de la ley por dos aspectos: uno en torno a los preceptos que regulan la fuerza mayor y el caso fortuito, y el otro en lo que se refiere a las disposiciones que establecen la obligación de pagar seguro de vida por muerte del trabajador.

Primer aspecto.

Se hace residir la interpretación errónea en el concepto que expone el Tribunal en los siguientes apartes de su providencia:

"Como el apoderado de la parte actora ha tratado de establecer una simple suspensión del contrato de trabajo por *fuerza mayor* (artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 1º), es necesario establecer previamente si de autos resulta suficientemente probada tal causal de suspensión, o si, por el contrario, se trata de la existencia de dos contratos de trabajo diferentes.

"Sobre este particular, es bueno anotarlo previamente, la presunta suspensión, habría cobijado un lapso superior a un (1) año, circunstancia ésta que, por el tiempo transcurrido, contraría la esencia misma de lo que debe entenderse por el fenómeno jurídico de la fuerza mayor. En efecto, la alegación de una fuerza mayor no puede estar pendiente, de modo indefinido, es decir, durante meses y meses para luego presentarla como causal de suspensión de un contrato de trabajo. Si ello fuese así, después de períodos superiores a un año podría alegarse simples suspensiones contractuales laborales, como es el caso presente, quedando consecuencialmente los patronos que también son partícipes de esa fuerza mayor en sus vidas y haciendas, con una verdadera espada de Damocles pendiente sobre sus cabezas y sus bienes. Y entonces, también la expresión utilizada por el Código sobre la fuerza mayor o caso fortuito como causal de suspensión del contrato, "que temporalmente impida su ejecución", quedaría en forma ilimitada o indeterminada. La misma Ley 95 de 1890, en su artículo 1º, cuando pone como ejemplos de fuerza mayor o caso fortuito un naufragio o un terremoto, aparte de la imprevisibilidad y de la independencia de la voluntad, claramente están estableciendo un límite temporal, un lapso corto de duración que en manera alguna podría llegar a períodos de tiempo hasta de más de un año como es el caso que nos ocupa.

"Además, si para la *terminación* del contrato existe como causal la suspensión de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte días (4 meses apenas) [art. 61, ordinal e) del C. S. del T.], con mucha mayor razón no puede alegarse una fuerza mayor o un caso fortuito que sobrepase este límite, para alegarlo como simple causal de suspensión del contrato".

El recurrente alega que no habiendo fijado la ley un término hasta el cual pueda operar el caso fortuito, el juzgador carece de facultad para limitarlo, de donde deduce que cualquiera que sea su duración el contrato de trabajo no deja de existir, sino que simplemente se suspende.

Se considera:

Aunque por regla general el carácter de fuerza mayor o caso fortuito se atribuye a fenómenos de corta duración, en el Derecho Laboral, que tiende a asegurar la estabilidad del trabajador, no cabe excluír la posibilidad de que ciertos hechos, imprevisibles en su aparición y a los que no es dable resistir, impidan, durante un tiempo más o menos prolongado, la ejecución del contrato, sin que en ello intervenga la voluntad de las partes. Tal sería, por ejemplo, entre nosotros la especie de guerra civil que agobió durante algún tiempo varias comarcas del país, o el bandolerismo, cuando éste se presenta súbitamente en regiones antes no afectadas por él y perdura allí a lo largo de semanas y aun de meses.

Ni el ordinal e) del artículo 61 ni el numeral 3º del 51 del Código Sustantivo del Trabajo, pueden entenderse en el sentido de que toda suspensión que exceda de 120 días da lugar a la terminación del contrato, porque, de una parte, esas disposiciones se refieren exclusivamente a la suspensión de actividades "por parte del patrono", o a la clausura, total o parcial, de la empresa, establecimiento o negocio (por razones técnicas o económicas), y de otra, hay motivos de simple suspensión por tiempo mucho mayor como en el caso del trabajador llamado a prestar servicio militar.

Así, pues, la interpretación que el Tribunal le da al artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 1º, en relación con el 1º de la Ley 95 de 1890, es demasiado absoluta, ya que no consulta realidades de trascendencia jurídica, como las anotadas. De consiguiente, resulta errónea, y debe rectificarse por la Sala en lo que haya lugar.

Segundo aspecto.

Seguro de vida obligatorio. A este propósito dice el recurrente:

"El fallo del honorable Tribunal es violatorio de la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea de las disposiciones contempladas en los artículos 199, 204, 305, 214 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo, sobre indemnización o pago de seguro de vida, por muerte de Samuel Ballesteros. El error consiste en considerar que para que el seguro de vida se haga efectivo a los patronos es necesario que se demuestre que los patronos tienen una nómina no menor de mil pesos. Con esta interpretación el honorable Tribunal invierte la carga de la prueba, pues es sabido que ella corresponde a la parte que pretende exonerarse de las obligaciones, como bien lo ha establecido en reiterada jurisprudencia esa honorable Corte Suprema al contemplar casos similares. Además, porque el derecho al pago del seguro de vida es personal y surge solamente con ocasión de la muerte de la persona y a favor de quienes la ley enumera taxativamente".

Se considera:

El fallador, con apoyo en el texto del artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, estima que "es requisito indispensable" para que un patrono o empresa se halle obligado a efectuar a su cargo el seguro de vida a sus trabajadores permanentes, "que tenga una nómina de salarios de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales"; y agrega que "como no se ha probado en el presente caso la existencia de una nómina de salarios por este valor, forzoso es concluír que estamos en presencia de un patrono *no obligado* a efectuar a su cargo seguro de vida colectivo obligatorio".

La Sala encuentra acertado el criterio del fallador, puesto que si el demandante solicitó el reconocimiento y pago del seguro de vida colectivo obligatorio, ha debido demostrar que la demandada estaba obligada a ello, en los términos de la ley. Sólo en tratándose del capital de la empresa, y por fuerza de lo dispuesto en el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, se exige al patrono la presentación de la prueba que acredite su valor, equivalente al del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, en atención a que el trabajador no podría obtener esa prueba en virtud de la reserva que protege las declaraciones de renta y patrimonio y sus respectivas liquidaciones. Pero cosa distinta de capital es la nómina de empleados, cuyo valor resulta de fácil comprobación, ya sea mediante inspección ocular o por otro medio adecuado al efecto.

No prospera esta acusación.

Para decidir en instancia se considera:

Está demostrado en los autos que Samuel Ballesteros prestó sus servicios como encargado o administrador de la finca denominada "Angelereña", de propiedad, primero, de Sagrario Fonseca, y luego de sus herederos, en dos lapsos, comprendido el uno desde principios de 1946 hasta mediados de septiembre de 1950, y el otro desde mediados de enero de 1952, hasta el 22 de marzo de 1953, fecha en que fue asesinado; que devengó últimamente un salario mensual de $ 300.00; que la suspensión de sus labores, la cual se extendió desde mediados de septiembre de 1950 hasta mediados de enero de 1952, se debió a la violencia que en esa época hizo invivible la región, conforme los testimonios de Carmen Fonseca y de Marco Hernández, corroborados por la certificación del Auditor 6º de Guerra.

Dada la circunstancia de que la situación de orden público que determinó la suspensión en la prestación de los servicios de Ballesteros, sobrevino en la zona en que estaba ubicada "La Angelereña", en forma imprevisible, y llegó a ser irresistible, debe entenderse que el contrato de trabajo se suspendió durante el respectivo período por fuerza mayor (artículo 51 del C. S. T., numeral 1º).

En consecuencia, el tiempo total de servicio es de 5 años, 10 meses y 22 días.

Prescripción. La demanda se notificó a la demandada Flor Angela Fonseca Avella de Castro el 2 de marzo de 1957, o sea más de tres años después de haber terminado el contrato por muerte del trabajador Ballesteros. Sin embargo, como bien lo anota el fallador, la prescripción quedó interrumpida mediante el reconocimiento que se hizo en el acta de inventarios y avalúos de los bienes de Sagrario Fonseca, acta de fecha 30 de enero de 1956, y en que se reconoció a favor de los herederos de aquél, por servicios prestados en la finca "La Angelereña", la cantidad de $ 1.000.00.

Obrando la referida interrupción, el actor tiene derecho, en su calidad de heredero de Samuel Ballesteros, además de las sumas a que condena el fallador de segunda instancia por salarios insolutos, vacaciones y prima de servicios, a la cantidad de $ 1.768.33 por concepto de auxilio de cesantía en razón de 5 años, 10 meses y 22 días, con un salario básico de $ 300.00.

En 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, *casa parcialmente* la sentencia acusada, y en su lugar, reformando el fallo de primer grado, la modifica en el sentido de fijar en la suma de mil setecientos sesenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 1.768.33) moneda corriente, el valor del auxilio de cesantía que la sucesión de Sagrario Fonseca, representada por el albacea testamentario, Martín Hernández Moreno, y los herederos Flor Angela Fonseca Avella de Castro y Gabriela Moreno viuda de Hernández, debe pagar a la sucesión de Samuel Ballesteros, representada por su padre Aurelio Ballesteros. No la casa en lo demás. Sin costas en la instancia ni 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.

RECLAMACION DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. IMPORTANCIA DE LA DETERMINACION DEL PETITUM EN LA DEMANDA DE CASACION. OTROS VARIOS ASPECTOS SOBRE TECNICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

1. Determinar con precisión el petitum de la demanda de casación no es formalidad intrascendente susceptible de ser eludida sin consecuencias. La Corte no enjuicia el litigio sino el fallo de segundo grado. Estudia el recurso dentro de los límites que le trace el impugnante, sin que le sea permitido proveer oficiosamente. — 2. Inconsecuente alegación sobre aplicación indebida de los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo. — 3. El error de hecho no se funda en la inapreciación de una prueba en todo o en parte, sino en que ella demuestre un hecho que la sentencia desconoce o viceversa. — 4. La infracción de una norma legal de modo directo no se vincula a actividades probatorias del sentenciador. Para la viabilidad de un cargo se requiere que el fallo quebrante normas con incidencia en la decisión de derecho, y que ellas hayan sido señaladas por el impugnante. — 5. Violalación directa de la ley e indemnización moratoria.

1. Persigue el recurso, según el alcance que a la impugnación señala el recurrente, el mismo objeto pretendido en las instancias. No solicita la anulación del fallo del ad quem y la consiguiente revocatoria del de primer grado, indicando el contenido del que deba reemplazarlo, como era de rigor en atención a que los de instancia absuelven de todos los cargos a la entidad demandada.

Determinar con precisión el petitum es una carga que al demandante en casación impone el artículo 90, numeral 4º del Código de Procedimiento Laboral. No se trata de una formalidad intrascedente susceptible de ser eludida sin consecuencias, porque la Corte no enjuicia el litigio sino el fallo de segundo grado, de manera que no se le puede pedir la resolución de aquél sino la infirmación de la sentencia en las decisiones contrarias a la ley. Si el recurso prospera, se requiere que el impugnante indique cuáles deben ser las decisiones que deben reemplazar las anuladas que en su concepto se ajusten a las disposiciones legales infringidas. Todo ello es así, porque la Corte estudia el recurso dentro de los límites que le trace el impugnante, sin que le sea permitido proveer oficiosamente.

Por haber identificado el impugnante, en el asunto litigioso, el petitum de la demanda inicial con el del recurso extraordinario, no toma en consideración el sentido y fundamento de las decisiones de segundo grado. De ahí que el alegato que lo sustenta haga caso omiso de lo que el Tribunal resolvió acerca de las súplicas que tienen por causa jurídica el primer contrato laboral de que dan cuenta estos autos.

La inobservancia de la formalidad de que se ha hecho mérito es suficiente para el rechazo de la demanda de casación. Con todo, para obrar con amplitud, la Sala procederá a examinarla.

2. Para el Tribunal son hechos probados en el juicio los constitutivos de los dos contratos de trabajo que alega la demanda inicial, cuya existencia reconoce. Dio, por tanto, aplicación a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que para llegar a tal conclusión hubiera tenido que apelar a la presunción del artículo 24, ibídem. Cuando al caso específico y concreto aplica la sentencia la norma legal que lo contempla, mal puede violarla por aplicación indebida, como lo afirma el recurrente. Extraña que éste alegue quebrantos de esas normas por el concepto indicado, pues si

no eran pertinentes al caso, se podría llegar a la consecuencia de que no fueron de trabajo dependiente las relaciones entre los litigantes, en oposición a la tesis que informa el alegato de casación, según el cual por ser de tal naturaleza la índole de aquéllas, ha debido la sentencia acoger las condenas que tienen por fuente la convención laboral que el cargo en examen y los otros dos especifican.

3. En cuanto a la violación de los artículos 143 y 144 del Código, observa la Sala:

El error de hecho no se funda en la inapreciación de una prueba en todo o parte, como lo afirma el recurrente, sino en que ella demuestre un hecho que la sentencia desconoce, o viceversa.

De otro lado, no es exacto que el ad quem se hubiera abstenido de estimar la inspección ocular en su integridad, y que por tal motivo haya sostenido que no demuestra lo que ella acredita, según el acusador. El Tribunal ve en la prueba el mismo hecho a que aquél se refiere, como resulta de los apartes pertinentes de la motivación del fallo. No se configura, pues, el error de hecho que alega la acusación.

Ahora, si es hecho probado en el proceso el de que el demandante ejerció un cargo, durante cierto lapso de tiempo, devengando una asignación inferior a la fijada por el patrono, y el de que éste pagó a otro empleado de la empresa en vez del salario señalado al empleo que ejerció, el correspondiente al cargo desempeñado por el actor, el error de juicio de la sentencia podría conducir al quebranto directo del artículo 143 del Código, mas no a su infracción por vía indirecta.

4. Es inestimable el segundo cargo por defectos de orden técnico. Acusa violación directa del artículo 47 del Código, proveniente de error de hecho, señalando como fuentes de hecho equivocada estimación de unas pruebas e inapreciación de otras. Ahora bien, la infracción de una norma legal de modo directo no se vincula a actividades probatorias del fallador. Para su recibo se requiere que no haya discusión sobre los hechos controvertidos en el juicio, según jurisprudencia constante de la corporación. Por lo demás, de la violación del artículo 47 deduce el cargo la consecuencia de que ha debido la sentencia condenar al pago de perjuicios por lucro cesante, y no es esa la materia que contempla la disposición. La norma pertinente es la contenida en el artículo 64 de la ley laboral, cuya violación no acusa el recurrente. Para la viabilidad del cargo se requiere que el fallo quebrante normas con incidencia en la decisión de derecho, y que ellas hayan sido señaladas por el impugnante, indicando el concepto de la infracción. Para el caso, la proposición jurídica no es completa, aun en el supuesto de que la censura no ofreciera la impropiedad que se dejó anotada.

5. En cuanto al tercer cargo, la Sala observa que en este caso no es conducente el ataque por violación directa del artículo 65 del Código. Presupuesto de esta norma es la existencia de deudas insolutas en favor del trabajador por salarios o prestaciones sociales al terminar el contrato. La sentencia absuelve a la entidad demandada de todas las súplicas del libelo inicial, es decir, no reconoció obligación ninguna a su cargo. Si del proceso resulta lo contrario, habría necesidad de examinar pruebas para verificar su exactitud, lo cual coloca la acusación en ámbito distinto al de infracción directa de la disposición legal citada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Manuel Gustavo Acosta Ramírez citó a juicio ordinario a la Beneficencia de Cundinamarca, representada por el Síndico, para que con su audiencia fuera condenada a pagarle lo siguiente: reajuste de salarios, de primas de servicio y cesantía; remuneración por trabajo en dominicales y festivos, y por el prestado en horas extras; e indemnización por ruptura ilegal del contrato y y por mora.

La demanda, suscrita por el apoderado judicial del actor, afirma en sus fundamentos de hecho que, según contratos de trabajo celebrados verbalmente, Acosta Ramírez le prestó servicios a la Beneficencia en dos períodos, así: de abril de 1950 a febrero de 1956, y de mayo de 1956 al 15 de junio de 1958; que durante el primer período ejerció dos funciones, primero la de Administrador de la Hacienda del Salitre, y después ese empleo y el de Inspector de Teatros, laborando horas extras; que recibió como remuneración por sus servicios un salario de $ 346.00, asignado al cargo de Administrador del inmueble, sin que el patrono le hubiera pagado el valor de las horas extras; que aquél dio por terminado el contrato sin justa causa. Que en la segunda etapa el demandante ejerció los cargos de Inspector de Teatros, Ayudante de Boletería y el de Ins-

pector de Edificios Rentables, el último del 29 de mayo de 1957 al 15 de junio de 1958; que el segundo de esos empleos tenía una asignación de $ 329.00, y el tercero la de $ 490.00; que, sin embargo, el actor recibió el salario de $ 329.00, y Eduardo Guzmán, Ayudante de Boletería, el de $ 490.00; que así ocurrió porque la empresa obligó al demandante a firmar las nóminas del empleo que desempeñaba Guzmán, firmando éste las nóminas del cargo ejercido por aquél: que, por tanto, el patrono le debe a Acosta Ramírez la diferencia de salarios y lo que corresponda por reajuste de prestaciones; que la empresa dio por terminado el segundo contrato injustamente.

La respuesta a la demanda niega los hechos en que se apoya, y propone la excepción de prescripción.

Terminó la relación de primer grado por sentencia de fecha 26 de febrero de 1960, dictada por el Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá. Su parte resolutiva (numeral primero) declara prescritas las acciones derivadas del primer contrato de trabajo; absuelve a la Beneficencia de las demás peticiones (numeral segundo); y condena al actor en las costas del juicio (numeral tercero).

Apeló la parte vencida. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, resolvió el recurso de alzada por sentencia de fecha 24 de octubre de 1960, por medio de la cual confirmó el fallo apelado, con costas a cargo del recurrente.

La misma parte interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

El recurso.

Su alcance lo precisa el recurrente diciendo que tiende a obtener el reajuste de salarios y el de las prestaciones, "el pago del tiempo faltante para completar el plazo presuntivo del contrato de trabajo, y los correspondientes salarios caídos".

Invoca la causal primera de casación. Formula tres cargos.

I. *Reajuste de salarios y prestaciones.*

Acusa violación, por aplicación indebida, de los artículos 23, 24, 143 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de hecho evidente, debido a falta de apreciación de una parte de la inspección ocular.

En sustentación del cargo dice el acusador que si el *ad quem* hubiera estimado en su integridad la diligencia de inspección ocular (fs. 90 y 91) habría concluído que si en la tarjeta de Acosta figura éste como Inspector de Edificios Rentables, pero en las nóminas como Ayudante de Boletería, se lo engañaba haciéndole firmar nóminas correspondientes a un cargo que no desempeñaba. Que sube de punto el engaño si se tiene en cuenta que con Eduardo Guzmán se procedía a la inversa: ejercía el cargo de Ayudante de Boletería, pero devengaba el salario asignado al cargo de Inspector de Edificios Rentables, más alto que el correspondiente al primero. Agrega que carece de significación jurídica el argumento del fallador, según el cual no se demostró en el juicio que la remuneración de los dos cargos hubiera sido fijada por resolución o reglamento y en forma obligatoria, porque si no fue presentada la prueba directa, en el expediente obra la indirecta, contenida en la inspección ocular.

II. *"Pago del plazo presuntivo del contrato de trabajo".*

Violación directa del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, por error evidente de hecho.

Sostiene el recurrente que el Tribunal estimó como pruebas demostrativas de un contrato de trabajo por escrito, con cláusula de reserva, los documentos de folios 60 y 61, a pesar de que son simples copias sin firma de los interesados; que por haberlos apreciado incurrió en error de hecho evidente; que en el mismo yerro incurrió al haber estimado los documentos de folios 107 y 108. Idéntico vicio le imputa, tanto por estimación equivocada del documento del folio 10, como por inapreciación de los que corren a folios 7 y 9 del expediente.

Analiza las pruebas para demostrar que no existía contrato por escrito con cláusula de reserva; que por haber continuado el actor prestando servicios con posterioridad a la fecha en que fue despedido en uso de la cláusula, la relación de trabajo quedó sometida al régimen legal del plazo presuntivo, por lo cual la sentencia ha debido condenar al patrono al pago de los salarios faltantes para completar dicho plazo, y como así no lo hizo, violó la norma legal que acusa, por aplicación indebida.

III. *"Pago de los salarios caídos".*

Violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para demostrar el cargo dice el acusador que a la terminación del contrato, la Beneficencia le quedó debiendo a Acosta Ramírez "un reajuste

de salarios y el tiempo correspondiente para completar el plazo presuntivo del contrato de trabajo. No se puede hablar de consignación en un Juzgado de suma alguna''.

Agrega el recurrente:

''No haberse condenado al pago de salarios caídos, acusa una violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto no se presta a interpretaciones de ninguna índole''.

Consideraciones previas:

Persigue el recurso, según el alcance que a la impugnación señala el recurrente, el mismo objeto pretendido en las instancias. No solicita la anulación del fallo del *ad quem* y la consiguiente revocatoria del de primer grado, indicando el contenido del que deba reemplazarlo, como era de rigor en atención a que los de instancia absuelven de todos los cargos a la entidad demandada.

Determinar con precisión el *petitum* es una carga que al demandante en casación impone el artículo 90, numeral 4º del Código de Procedimiento Laboral. No se trata de una formalidad intrascendente, susceptible de ser eludida sin consecuencias, porque la Corte no enjuicia el litigio sino el fallo de segundo grado, de manera que no se le puede pedir la resolución de aquél sino la infirmación de la sentencia en las decisiones contrarias a la ley. Si el recurso prospera, se requiere que el impugnante indique cuáles deben ser las decisiones que deben reemplazar las anuladas que en su concepto se ajusten a las disposiciones legales infringidas. Todo ello es así, porque la Corte estudia el recurso dentro de los límites que le trace el impugnante, sin que le sea permitido proveer oficiosamente.

En el asunto litigioso es más notorio el defecto que se anota por las particularidades de las cuestiones debatidas, pues según la demanda inicial fueron dos los contratos de trabajo celebrados por las partes, y ambos sirven de fundamento al actor para las súplicas sobre condena al reajuste de salarios y prestaciones sociales, pago de perjuicios compensatorios e indemnización por mora. Siguiendo ese planteamiento, la sentencia estudia los dos contratos y las acciones que se deducen de cada uno de ellos, con la debida separación. El mismo criterio adopta para la decisión, ya que, en relación con los derechos derivados del primer contrato, declara probada la excepción de prescripción, y desecha los que tienen por base el segundo porque en su concepto los presupuestos establecidos en el juicio no generan el derecho consagrado en el artículo 143 del Código.

Por haber identificado el impugnante el *petitum* de la demanda inicial con el del recurso extraordinario, no toma en consideración el sentido y fundamento de las decisiones de segundo grado. De ahí que el alegato que lo sustenta haga caso omiso de lo que el Tribunal resolvió acerca de las súplicas que tienen por causa jurídica el primer contrato laboral.

La inobservancia de la formalidad de que se ha hecho mérito es suficiente para el rechazo de la demanda de casación. Con todo, para obrar con amplitud, la Sala pasa a examinarla.

En relación con el primer cargo, se observa:

Para el Tribunal son hechos probados en el juicio los constitutivos de los dos contratos de trabajo que alega la demanda inicial, cuya existencia reconoce. Dio, por tanto, aplicación a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que para llegar a tal conclusión hubiera tenido que apelar a la presunción del artículo 24, ibídem. Cuando al caso específico y concreto aplica la sentencia la norma legal que lo contempla, mal puede violarla por aplicación indebida, como lo afirma el recurrente. Extraña que éste alegue quebranto de dichas normas por el concepto indicado, pues si no eran pertinentes al caso, se podría llegar a la consecuencia de que no fueron de trabajo dependiente las relaciones entre los litigantes, en oposición a la tesis que informa el alegato de casación, según el cual por ser de tal naturaleza la índole de aquéllas, ha debido la sentencia acoger las condenas que tienen por fuente la convención laboral que el cargo en examen y los otros dos especifican.

En cuanto a la violación de los artículos 143 y 144 del Código, observa la Sala:

El error de hecho no se funda en la inapreciación de una prueba, en todo o parte, como lo afirma el recurrente, sino en que ella demuestre un hecho que la sentencia desconoce, o viceversa.

De otro lado, no es exacto que el *ad quem* se hubiera abstenido de estimar la inspección ocular en su integridad y que, por tal motivo, haya sostenido que no demuestra lo que ella acredita, según el acusador. El Tribunal ve en la prueba el mismo hecho a que aquél se refiere, como resulta de los siguientes apartes de la motivación del fallo:

''Según la demanda, durante este segundo período de servicios el actor fue trasladado a desempeñar el cargo de Inspector de Edificios Rentables, funciones que ejerció desde el 27 de mayo de 1957 hasta el 15 de junio de 1958; que en esas

funciones reemplazó al señor Eduardo Guzmán, quien pasó a desempeñar las que hasta entonces correspondían al actor, no obstante lo cual la Beneficencia siguió pagándole a éste el salario correspondiente al antiguo cargo notoriamente inferior al que le correspondía al cargo realmente desempeñado, o sea el de Inspector de Edificios Rentables. Por tal razón, la demanda pide se condene al pago de la diferencia de salarios y los consiguientes reajustes de la remuneración del descanso en dominicales y días festivos, prima de servicios y auxilio de cesantía. Los hechos —como lo anota el *a quo*— se encuentran demostrados con el examen practicado en la diligencia de inspección ocular sobre las nóminas de pago de la Beneficencia''.

No se configura, pues, el error de hecho que alega la acusación.

Ahora, si es hecho probado en el proceso el de que el demandante ejerció un cargo, durante cierto lapso de tiempo, devengando una asignación inferior a la fijada por el patrono, y el de que éste pagó a otro empleado de la empresa en vez del salario señalado al empleo que ejerció, el correspondiente al cargo desempeñado por el actor, el error de juicio de la sentencia podría conducir al quebranto directo del artículo 143 del Código, mas no a su infracción por vía indirecta.

No prospera el cargo.

Es inestimable el segundo cargo por defectos de orden técnico. Acusa violación directa del artículo 47 del Código, proveniente de error de hecho, señalando como fuentes de éste equivocada estimación de unas pruebas e inapreciación de otras. Ahora bien, la infracción de una norma legal de modo directo no se vincula a actividades probatorias del fallador. Para su recibo se requiere que no haya discusión sobre los hechos controvertidos en el juicio, según jurisprudencia constante de la corporación. Por lo demás, de la violación del artículo 47 deduce el cargo la consecuencia de que ha debido la sentencia condenar al pago de perjuicios por lucro cesante, y no es esa la materia que contempla la disposición. La norma pertinente es la contenida en el artículo 64 de la ley laboral, cuya violación no acusa el recurrente. Para la viabilidad del cargo se requiere que el fallo quebrante normas con incidencia en la decisión de derecho, y que ellas hayan sido señaladas por el impugnante, indicando el concepto de la infracción. Para el caso, la proposición jurídica no es completa, aun en el supuesto de que la censura no ofreciera la impropiedad que se dejó anotada.

Se desecha el cargo.

En cuanto al tercer cargo, la Sala observa que en este caso no es conducente el ataque por violación directa del artículo 65 del Código. Presupuesto de esta norma es la existencia de deudas insolutas en favor del trabajador por salarios o prestaciones sociales al terminar el contrato. La sentencia absuelve a la entidad demandada de todas las súplicas del libelo inicial, es decir, no reconoció obligación ninguna a su cargo. Si del proceso resulta lo contrario, habría necesidad de examinar pruebas para verificar su exactitud, lo cual coloca la acusación en ámbito distinto al de infracción directa de la disposición legal citada.

Por lo dicho, no se recibe el cargo.

A 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, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial 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 DE SALARIOS Y PRESTACIONES. ACUMULACION DE ACCIONES. EMPLEADOS DEL SERVICIO DOMESTICO Y SALARIO MINIMO LEGAL. TECNICA DE CASACION. REFORMATIO IN PEJUS E INDEMNIZACION MORATORIA

1. La denominación "trabajadores del servicio doméstico" que para ciertos efectos utiliza la ley está reservada únicamente a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en un hogar o casa de familia, sin que pueda hacerse extensivo su concepto a labores desarrolladas en una empresa. — 2. En qué consiste el error de hecho. — 3. El vicio de la reformatio in pejus como causal de casación. En este evento no se enfrenta propiamente la sentencia contra la ley, sino las dos sentencias de instancia, para determinar o saber si la de segundo grado excedió a la otra en lo desfavorable al recurrente.

1. En su alegato pretende el recurrente equiparar la labor que correspondía desarrollar a la demandante mientras estuvo al servicio del "Hotal Mardena", como lavadora, con las actividades propias de los trabajadores del servicio doméstico, para catalogarla dentro de esta especial categoría y conseguir así la quiebra de la sentencia, en cuanto en ella se reconoce el derecho de la trabajadora a devengar el salario mínimo legal vigente a la época en que laboró para la empresa, y en cuanto ordena el reajuste y pago de los salarios insolutos, puesto que ello estaría en franca pugna con los preceptos legales sobre fijación del salario mínimo, que hacen expresa exclusión de los trabajadores del servicio doméstico.

Tal apreciación obedece a un criterio equivocado del recurrente sobre lo que se entiende por "trabajadores del servicio doméstico", denominación que para determinados efectos utiliza la ley (cesantía restringida, no aplicación de las disposiciones sobre salario mínimo, etc.). Esta denominación está referida o reservada únicamente a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en un hogar o casa de familia, pero en forma alguna puede hacerse extensivo su concepto a quienes desarrollan su labor al servicio de una empresa, como es la demandada "Hotel Mardena", que constituye por sí misma una unidad de explotación económica.

2. La apreciación de una prueba o la omisión de la misma por parte del sentenciador, no es lo que constituye el error de hecho. Este vicio es el efecto o resultado que puede presentarse en el juicio del juzgador como consecuencia de haberse dejado de apreciar o de haberse apreciado equivocadamente una prueba, en forma tal de inducirlo a dar por establecido un hecho que no aparece probado realmente, o al contrario, a dar por no probado un hecho que sí está demostrado en el proceso.

3. También impugna el recurrente la sentencia del Tribunal con fundamento en la causal segunda del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, por considerar que hizo más gravosa para el demandado la condena de primer grado, siendo éste único apelante de la decisión del Juez a quo.

Sobre el punto de la litis a que el cargo se refiere, el fallo del Tribunal trae estas consideraciones: "No aparece demostrado que el retiro de la demandante ocurriera por enfermedad, por tanto, habrá que considerar que su primer contrato de trabajo con la empresa terminó el 28 de febrero de 1957, pero como no se le liquidó el valor de sus prestaciones sociales, se hace acreedora la empresa a la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, desde el 28 de febrero de 1957 hasta el 13 de marzo del mismo año, fecha en que la demandante ingresó nuevamente a su servicio. Se modifica la sentencia en este punto, y se condena a la empresa al pago de $ 52.00 por concepto de salarios".

El Juzgado del conocimiento, por su parte, había absuelto a la empresa demandada del cargo referente a los llamados salarios caídos, y es evidente que la parte demandante se conformó con la decisión del Juez a quo en cuanto a esta absolución.

Pues bien, de la confrontación entre la decisión de primer grado y la de segundo resulta, por lo que hace al extremo de la litis referente a la indemnización moratoria, una decisión con agravio del único apelante, representado en un guarismo cierto y determinado, como se ha visto. Es decir, se presenta la ocurrencia de la figura jurídica conocida en derecho procesal con el nombre de "Reformatio in pejus", vicio que por sí solo constituye un motivo o causal especial para casar la sentencia, sin que se requiera acudir a ningún otro concepto de violación de la ley. En efecto, demostrado que el Tribunal rebasó el límite que le imponía la apelación de la sentencia de primer grado, por este solo hecho queda establecida la violación de la ley, sin que sea necesaria ninguna otra demostración, pues en este evento no se enfrenta propiamente la sentencia contra la ley, sino las dos sentencias de instancia, para determinar o saber si la de segundo grado excedió a la otra en lo desfavorable al recurrente.

Además, según tiene establecido la Corte, por medio de sus Salas de Casación Civil y Laboral, la figura procesal de la Reformatio in pejus **se halla expresamente reconocida en el artículo 494 del Código Judicial, que es un precepto sustantivo o de derecho material que ordena no se reformen las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, en perjuicio de quien apela de ellas para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercitado el derecho de impugnación procesal usando de los recursos que autoriza la ley. (Gaceta Judicial, LXVII, 174).**

Con fundamento en lo expuesto, prospera la acusación por el aspecto que se deja estudiado, con apoyo en la causal 2ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, y habrá de casarse parcialmente la sentencia recurrida.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.).

La señora Digna Rosa Lizardo Flórez, por medio de apoderado, promovió demanda contra la empresa denominada "Hotel Mardena", de Magangué, representada por su dueño, José Neguib, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se la condenase a pagarle la suma de $ 4.230.00 por concepto de reajuste de salarios, cesantía, prima de servicios, vacaciones, remuneración por trabajo en dominicales y feriados, calzado y overoles. Además al pago de $ 480.00 como indemnización por lucro cesante, y la indemnización por mora en el pago de las prestaciones reclamadas.

Como hechos expuso los siguientes: que la actora entró a trabajar a la empresa demandada, como lavadora, el día 5 de octubre de 1954 y fue despedida sin causa justificativa el 30 de junio de 1958; que recibió como remuneración por sus servicios la suma de $ 30.00 mensuales, quedándosele a deber la diferencia con el salario legal, ya que desde el año de 1950 la ley fijó como salario mínimo la suma de $ 60.00 al mes; que el patrono tampoco le pagó el aumento decretado a partir del 1º de julio de 1957, y, en consecuencia, dejó de pagarle $ 90.00 por mes; que por razón de la naturaleza de la empresa, la trabajadora tuvo que prestar sus servicios en días domingos y feriados, sin haber obtenido la doble remuneración que le correspondía; que nunca recibió calzado ni overoles, como tampoco disfrutó de vacaciones, y que fue despedida sin motivo justificado.

Las súplicas se apoyan en los artículos 259, 306, 47, 177 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y en los "decretos que reforman el salario mínimo que debe pagarse a los trabajadores colombianos".

La parte demandada, al contestar el libelo, aceptó unos hechos, haciendo las aclaraciones que estimó conducentes, y negó los restantes; manifestó que la demandante fue empleada del servicio doméstico y que no fue despedida sino que se retiró voluntariamente, habiéndosele pagado sus prestaciones sociales. Expresó, también, que la demandante trabajó en dos oportunidades, mediando entre cada una de ellas "más o menos veinte días".

Agotado el trámite de primera instancia, el litigio fue decidido por sentencia de fecha veinte de febrero de 1959, proferida por el Juez del Trabajo del Círculo de Magangué, que fue el del conocimiento. Su parte dispositiva condena a la empresa demandada, representada por su dueño, José Neguib, a pagar a la actora la cantidad de $ 4.048.86, por reajuste de salarios, cesantía, prima de servicios, vacaciones e indemnización por concepto de lucro cesante. Condenó igualmente a suministrarle a la trabajadora 7 pares de calzado y 7 overoles; autorizó compensar la suma de $ 100.00 que la demandante recibió de la

empresa; absolvió a ésta de las restantes peticiones de la demanda, y no hizo condenación en costas.

La parte vencida apeló de la decisión anterior. El recurso de alzada fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Laboral, por sentencia de fecha 10 de febrero de 1960, que reformó la de primer grado para condenar únicamente al pago de $ 3.197.39, por concepto de salarios, cesantía, prima de servicios y vacaciones (numeral 1º); confirmó lo relativo al suministro de calzado y overoles (numeral 2º); revocó la condena por lucro cesante (numeral 3º); confirmó la absolución por concepto de salarios caídos, pago de trabajo en dominicales y feriados, y costas del juicio, y también en lo referente a la deducción de $ 100.00 recibidos por la demandante (numeral 4º); no hizo condenación en costas (numeral 5º).

Contra la sentencia del Tribunal *ad quem,* la parte demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta superioridad, admitido aquí el recurso y debidamente preparado, se procede a decidir, teniendo en cuenta la demanda de casación. La parte opositora presentó extemporáneamente el escrito de réplica.

La demanda de casación.

Solicita el *petitum* la casación total del fallo impugnado, para que en su lugar la Corte dicte el correspondiente de instancia, en sentido de absolver a la parte demandada, o al menos que "opere el reajuste de salarios y prestaciones, de conformidad con la ley sustantiva, teniendo en cuenta los pagos de salarios en especie, que fueron demostrados, y declarando probada la excepción de prescripción, en cuanto fue demostrada; al paso (sic) que los reajustes de las otras prestaciones sociales, con respecto al salario real satisfecho, y las prescripciones de que se ha hecho mérito". Al finalizar la demanda, vuelve el recurrente a señalar el alcance de la impugnación, así: "Con fundamento en la precedente acusación, parezco (sic) a impetrar la infirmación del fallo acusado, con procedencia, fecha y partes contendoras, atrás indicados, y que, en su reemplazo, se dicte la correspondiente de instancia que corresponde dictar, absolutoria del demandado, o de menor condena, en subsidio, a causa de la declaración de prescripción por el tiempo en el cual está prescrita la acción, y disposición de condena en abstracto, subsidiariamente, para que se haga la fijación de los guarismos por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, a cuyo incidente se remitirá el avalúo de la prestación en especie".

Invoca la primera causal de casación y con fundamento en ella, formula un solo cargo. Sin embargo, al desarrollar la acusación, y sin hacer expresa referencia a la segunda causal prevista en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, ataca la sentencia en cuanto estima que el Tribunal adicionó la condena de primer grado para hacerla más gravosa al demandante, único apelante de la decisión proferida por el Juzgado *a quo.*

Cargo único.

Acusa la sentencia de violar las siguientes disposiciones legales:

"Los artículos 396 a 412 del Código Judicial, en relación con el 145 del Código de Procedimiento Laboral, por no haberlos aplicado, siendo aplicables, al caso del pleito, directamente infringidos, *y a través de la cual infracción,* fueron violados, por vía directa, los artículos 145 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos todos de los Decretos-leyes números 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950 y 2214 de 1956; 249 del Código Sustantivo del Trabajo; 306, 186 y 230 a 234 de este mismo cuerpo legal, por haber sido aplicados al caso del litigio;

"B) Los artículos 604, 605, 606, 609, 610 a a 624 del Código Judicial, por no haberlos aplicado a la confesión en posiciones hecha por la demandante de haber recibido un salario efectivo de $ 30.00, 'libres' de la prestación en especie, a través de los cuales el sentenciador infringió el artículo 1769 del Código Civil, regulador del mérito probatorio de la confesión judicial, a través de las cuales infracciones fueron infringidos los artículos de los Decretos-leyes 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950 y 2214 de 1956, por haber aplicado éstos al caso del pleito, no siendo aplicables en la extensión en que lo fueron, al menos; o haberlos aplicado, mal aplicados;

"C) Los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 145 y 151 del Código de Procedimiento Laboral, y los artículos 341 y 343 del Código Judicial, éstos relacionados con aquéllos; los artículos 2512, 2513, 2535, 2538 del Código Civil, por no haber aplicado, al caso del pleito, por todo el tiempo que correspondía aplicar, y a través de estas violaciones, se infringió, por vía indirecta, la totalidad de los ordenamientos sustantivos que paso a dictar: 145, 186, 230 a 249 del Código Sustantivo del Trabajo; el articulado de los Decretos-leyes 3781 de 1949, 70 y 71

de 1950 y 2214 de 1956, por haberse aplicado al caso litigioso, sin ser aplicables, o, cuando menos, haberse aplicado mal, en forma errónea''.

En la demostración del cargo, dice que el Tribunal viola la ley sustantiva, de manera indirecta, por haber incurrido en varios errores de hecho que aparecen de manifiesto, a causa de falta de apreciación de la prueba de confesión que obra en autos, y por errónea estimación de otras que más adelante señala. Agrega que los fallos de instancia admiten que la trabajadora ingresó al servicio del demandado el día 23 de octubre de 1954 y se retiró el 28 de febrero de 1957. Que volvió a ingresar el 13 de marzo de 1957 y laboró hasta el 14 de junio de 1958, es decir, que en ambos se acepta como hecho demostrado la existencia de dos relaciones laborales diversas.

Considera que ante esta realidad procesal, resulta la violación de los artículos 396, 397 y siguientes del Código Judicial, por no haber sido aplicados, siendo aplicables al proceso laboral, ya que ''de hecho, por gancho, se tramitaron dos juicios, dos reclamaciones, con respecto a una misma cuerda, sin haber pedido, tramitado y conseguido, providencia acumulatoria. Eran, sin duda, acumulables. Pero no se pudieron acumular arbitrariamente''.

Añade que el sentenciador incurrió en grave y notorio error de hecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular (folios 69 y siguientes del primer cuaderno) demostrativa de dos contratos de trabajo, y decidió, como si se tratara de uno solo, por lo que debe casarse la sentencia, absolverse al demandado, o desestimarse la acción, mediante declaratoria de la excepción de ''petición antes de tiempo'', o ''de un modo indebido''. Dice que la sentencia, con fundamento en la debida prueba de inspección ocular, acepta que la demandante empezó a trabajar el 23 de octubre de 1954 con un salario de $ 30.00 mensuales, y cesó en su labor el 14 de junio de 1958, y que como dicho salario, ''en el servicio doméstico de un hotel'', lo encontró inferior al mínimo legal, condenó a la empresa a pagar a la demandante la diferencia, ''afirmando la falta de demostración de haber completado en especie el salario mínimo legal''. Que el Tribunal incurrió en grave y manifiesto error de hecho, consistente ''en haber ignorado, y no estimado la prueba de confesión en posiciones, hecha por la demandante, en la cual dijo ésta que los $ 30.00 que recibía como sueldo representaban salario 'libre' ''. En seguida transcribe la respuesta dada por la demandante a la tercera pregunta de las posiciones que absolvió en el juicio (fol. 54), y agrega que un salario ''libre'' es equivalente a salario en metálico, en efectivo, que el patrono complementa con salario en especie: alimentación. Que habiéndose demostrado que la demandante tenía su alojamiento en otra parte distinta del hotel, debe entenderse que recibía como remuneración ''del 'Hotel Mardena' $ 30.00 en metálico y el sustento, cuyo valor puede avaluarse en armonía con el artículo 553 del Código Judicial''. Arguye que el sentenciador incurrió en el error de hecho, ''consistente en no haber estimado la prueba de la demandante'', demostrativa de haber recibido de su patrono, además de los $ 30.00 mensuales, en efectivo, ''el salario en especie, consistente en la alimentación diaria''.

Más adelante expresa lo siguiente: ''El sentenciador aceptó en su sentencia, a folio 29 del cuaderno del Tribunal, que 'las prestaciones que ya se habían hecho exigibles en *27 de noviembre de 1955,* se declaran prescritas'. Hizo bien. Pero al practicar la liquidación a folio 30 dice: *'Del 28 de febrero de 1955 a 1º de octubre de 1956'*. '... La demanda se admitió y notificó el 28 de noviembre de 1958. Contando hacia atrás, de esta última fecha, tres años de prescripción, se alcanza, exactamente, al 28 de noviembre de 1955. De este modo que la condenación se produjo por nueve meses más, ya prescritos a la notificación de la demanda, no obstante la anterior declaratoria de prescripción. En el mismo error se incurrió con las vacaciones, primas, zapatos, overoles. Otro error grave, del sentenciador, que lo es de hecho en la apreciación de la prueba, con respecto a la fecha de iniciación del trabajo y la fecha de notificación de la demanda, a través del cual violó disposiciones sustantivas, que adelante indico''.

La parte pertinente de la demanda en que el recurrente hace tácita alusión de la segunda causal de casación, parece estar contenida en el siguiente párrafo: ''El señor Juez de primera instancia se abstuvo de condenar, con entera lógica, al demandando, a pagar a la demandante la cantidad de $ 52.00 por el tiempo mediante el 1º de marzo y el 13 de mismo marzo de 1957, por no haber trabajado. La demandante se conformó con la sentencia, negatoria de ésta prestación, que ni siquiera fue demandada. No obstante, el sentenciador de segundo grado hizo esta condenación adicional en la sentencia materia de la presente acusación, haciendo el fallo de segundo grado más gravoso, para el único apelante, estándole vedado. Lo hizo, a causa de error grave, en la apreciación de la prueba. Y a través de este error en la interpretación de la prueba

del derecho a reforma, infringió disposiciones sustantivas, que señalaré a su hora".

La Sala considera:

En el caso de autos, ninguna aplicación podía hacer el sentenciador de los artículos 396 a 412 del Código Judicial, cuya violación acusa el recurrente, por no haber sido aplicados. Las mencionadas disposiciones legales regulan lo referente a la llamada acumulación subjetiva o de procesos, cuya finalidad, además de la economía procesal, es la de impedir la ruptura de la continencia de la causa. Basta una somera lectura del *petitum* y de los hechos en que se apoya el libelo que dio origen a este juicio, para comprender que el demandante se limitó a hacer uso de la facultad que consagra el artículo 209 del Código Judicial, al ejercitar varias acciones en una misma demanda. Trátase, simplemente, de una acumulación objetiva de acciones, de parte singular, tanto en el sujeto activo como en el pasivo.

En efecto, Digna Rosa Lizardo Flórez demanda a la empresa denominada "Hotel Mardena", representada por su propietario, José Neguib, para hacer efectivos los diversos derechos que cree tener a su favor (cesantía, vacaciones, prima de servicios, reajuste de salarios, etc.), los que, según afirma, tienen origen en una sola relación de trabajo subordinado que vinculó a las partes. Si el juzgador de instancia encontró establecida la existencia, casi sucesiva, de dos contratos de trabajo entre las mismas partes e hizo el reconocimiento de los derechos que a la demandante corresponden con fundamento en esos contratos, no se ve cómo puedan resultar infringidos los artículos del Código Judicial que indica el recurrente. Y si no existe esta supuesta violación que el acusador señala como de medio para la infracción de las normas de derecho material, que también indica en el cargo, síguese, lógicamente, que tampoco puede existir violación de las disposiciones legales de la última clase.

En su alegato pretende el recurrente equiparar la labor que correspondía desarrollar a la demandante mientras estuvo al servicio del "Hotel Mardena", con las actividades propias de los trabajadores del servicio doméstico, para catalogarla dentro de esta especial categoría, y conseguir así la quiebra de la sentencia, en cuanto en ella se reconoce el derecho de la trabajadora a devengar el salario mínimo legal vigente a la época en que laboró para la empresa, y en cuanto ordena el reajuste y pago de los salarios insolutos, puesto que ello estaría en franca pugna con los preceptos legales sobre fijación del salario mínimo, que hacen expresa exclusión de los trabajadores del servicio doméstico.

Tal apreciación obedece a un criterio equivocado del recurrente sobre lo que se entiende "por trabajadores del servicio doméstico", denominación que para determinados efectos utiliza la ley (cesantía restringida, no aplicación de las disposiciones sobre salario mínimo, etc.). Esta denominación está referida o reservada únicamente a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en un hogar o casa de familia, pero en forma alguna puede hacerse extensivo su concepto a quienes desarrollan su labor al servicio de una empresa, como es la demandada "Hotel Mardena", que constituye por sí misma una unidad de explotación económica. Por este aspecto tampoco resulta de la sentencia violación de las normas que regulan el salario mínimo legal que se invocan en el cargo.

Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en grave y manifiesto error de hecho, consistente "en haber ignorado y no estimado la prueba de confesión" contenida en las posiciones que absolvió la demandante, y de manera especial la hecha al responder a la pregunta tercera en que al preguntársele "si fue cierto que en esta nueva ocasión le puso como sueldo la suma de treinta pesos", respondió lo siguiente: "Cuando me repuse volví a trabajarle con el mismo sueldo que antes tenía, es decir, de treinta pesos libres".

En primer término observa la Sala que la apreciación de una prueba o la omisión de la misma por parte del sentenciador, no es lo que constituye el error de hecho, como equivocadamente expresa el recurrente. Este vicio es el efecto o resultado que puede presentarse en el juicio del juzgador como consecuencia de haberse dejado de apreciar o de haberse apreciado equivocadamente una prueba, en forma tal de inducirlo a dar por establecido un hecho que no aparece probado realmente, o al contrario, a dar por no probado un hecho que sí está demostrado en el proceso.

Como fundamento para producir la condena por concepto de reajuste del salario mínimo legal, el Tribunal expresó lo siguiente:

"*Diferencia de salario.* Viene aceptado por las partes que el salario devengado por la demandante fue de $ 30.00 mensuales. No se ha demostrado que además de este salario recibido en dinero en efectivo, recibiera en especie lo equivalente para completar el salario mínimo legal. Por tanto, es procedente la condena por este aspecto". Como se aprecia de lo transcrito, para el Tribunal no existe prueba en el proceso que demuestre el hecho de que la demandante

devengó un salario mixto, pues no se acreditó que además de los $ 30.00 en dinero recibiera un salario en especie por concepto de alimentación, habitación o vestuario, como parte de la retribución ordinaria del servicio.

Esta apreciación del Tribunal no puede destruírse o enervarse oponiéndole únicamente el particular criterio del recurrente al interpretar la respuesta dada por la demandante a la tercera pregunta de las posiciones que absolvió en el juicio. En efecto, estima el acusador que la prueba de que la demandante sí recibió un salario en especie, consistente en la alimentación que le suministraba la empresa demandada, debe verse en la respuesta dada por la trabajadora al contestar a la tercera pregunta de las referidas posiciones en cuanto dijo o admitió que el salario devengado fue el de "$ 30.00 libres". La Sala no comparte ni acepta semejante apreciación del recurrente, pues, como afirma el Tribunal, no existe prueba alguna que acredite que la empresa "Hotel Mardena" hubiese suministrado "alimentación diaria" a la demandante. Tampoco parece configurado, por este aspecto, el error de hecho que se atribuye al sentenciador, ni menos con la característica de evidente o manifiesto que la ley requiere.

Estima el acusador que si bien el Tribunal acepta la prescripción alegada por la empresa, respecto a los derechos y prestaciones que se habían hecho exigibles con anterioridad al 27 de noviembre de 1955, ocurre, sin embargo, que al efectuar la liquidación de lo correspondiente al reajuste de salarios, toma como fecha inicial para el cómputo el 28 de febrero de 1955 y no el 28 de noviembre de ese mismo año, por lo cual produjo indebida condena respecto al salario de 9 meses comprendidos en la prescripción.

Sobre el particular, dijo la sentencia: "De 28 de febrero de 1955 a 1º de octubre de 1956 en que el salario mínimo legal era de $ 2.00 diarios, o sea $ 60.00 mensuales, se adeuda por este concepto a la demandante $ 30.00 mensuales, que en siete (7) meses alcanza a la suma de $ 210.00". Es evidente que el Tribunal al liquidar lo debido por reajuste de salarios, se equivocó al tomar como fecha inicial el 28 de febrero de 1955, puesto que la fecha adecuada es el 28 de noviembre de 1955, como él mismo lo había admitido al analizar lo referente a la excepción de prescripción alegada, y en cuya oportunidad expresó: "La demanda fue presentada el día 28 de noviembre de 1958, de manera que de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Código Penal del Trabajo, las prestaciones que ya se habían hecho exigibles el 27 de noviembre de 1955 se declaran prescritas". También es evidente que entre las dos fechas que el Tribunal señala, 28 de febrero de 1955 y 1º de octubre de 1956, media un tiempo de 19 meses, y no de siete como equivocadamente se dice en la sentencia. Sin embargo, estos errores en la cita de fechas y plazos ninguna incidencia desfavorable tienen para el demandado, puesto que la condena por $ 210.00 representa una cantidad menor de la que legalmente le correspondía a la demandante por reajuste de salarios en el período no prescrito en que rigió el salario mínimo de $ 2.00 diarios. En efecto, entre el 28 de noviembre de 1955, fecha que debió citar y tener en cuenta el sentenciador y el 1º de octubre de 1956, media un tiempo de 10 meses, 2 días. Si se hacen las operaciones del caso se obtiene como resultado la suma de $ 302.00 por dicho concepto, como correspondiente a ese período, y no la deducida por el Tribunal. Este error, que sólo perjudica a la demandante, no puede rectificarlo la Sala, porque dicha parte se conformó con la sentencia del Tribunal.

Conviene advertir, además, que aun en el supuesto de que el error respecto a las fechas que toma en cuenta el Tribunal para hacer la liquidación del valor de los derechos que corresponden a la demandante, tuviesen incidencia en la parte resolutiva del fallo, el ataque en casación no es idóneo por la vía indirecta, a través de un supuesto error de hecho, como lo hace el recurrente, puesto que habiéndose aceptado por el *ad quem,* con base en las constancias procesales, que los derechos de la actora exigibles con anterioridad al 27 de noviembre de 1955 estaban prescritos, ese vicio (error en las fechas), implica un error de juicio, y no error de hecho que tenga origen en la apreciación indebida o en la falta de apreciación de las pruebas aportadas al juicio. Trataríase, simplemente, de un error material en la expresión de cantidades o de cifras, y no sobre hechos que sean fundamento o base esencial de la sentencia, únicos que pueden ser denunciados en casación, por esta vía, de violación indirecta de la ley. Lo anterior es tan evidente que el propio recurrente en la demostración del cargo se limita a señalar el error en la cita de fechas que se toman en cuenta para hacer la liquidación, sin mencionar prueba alguna que hubiera sido equivocadamente apreciada o dejada de estimar por el Tribunal.

No habiéndose demostrado los supuestos errores de hecho que el recurrente alega, ni menos con la calidad de evidentes o manifiestos, según las exigencias de la ley, no resultan infringidas las disposicions legales que cita el acusador, por lo cual el cargo no prospera.

Causal segunda.

Se vio antes que el recurrente también impugna la sentencia del Tribunal con fundamento en la causal segunda del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, por considerar que hizo más gravosa para el demandado la condena de primer grado, siendo éste único apelante de la decisión del Juez *a quo*.

Sobre el punto de la litis a que el cargo se refiere, el fallo del Tribunal trae estas consideraciones: "No aparece demostrado que el retiro de la demandante ocurriera por enfermedad, por tanto, habrá que considerar que su primer contrato de trabajo con la empresa terminó el 28 de febrero de 1957, pero como no se le liquidó el valor de sus prestaciones sociales, se hace acreedora la empresa a la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo desde el 28 de febrero de 1957 hasta el 13 de marzo de 1957, en que la demandante ingresó nuevamente a su servicio. Se modifica la sentencia en este punto, y se condena a la empresa al pago de $ 52.00 por concepto de salarios". Además, en el valor total de las condenas contenidas en la parte resolutiva de la sentencia, que ascienden a la suma de $ 3.197.39 "por concepto de salarios, cesantía, prima y vacaciones" (numeral primero) se comprende o incluye la mencionada suma de $ 52.00 como sanción por mora, según lo previsto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sin embargo, en el punto cuarto de la parte resolutiva de la sentencia, el Tribunal expresa lo siguiente: "Confírmase en la absolución *por concepto de salarios caídos* (subraya la Sala), pago de domingos y feriados y costas del juicio, como también en lo referente a la deducción de $ 100.00 ordenada por el Juez".

Por su parte, el Juzgado del conocimiento, sobre el extremo de los salarios caídos, materia de la litis, dijo lo siguiente: "El actor en su libelo de demanda exige se le reconozca este auxilio, pero es el caso que nuestro estatuto laboral y doctrinas del Tribunal Supremo del Trabajo dicen que por tratarse de una sanción sólo cabe cuando se demuestra mala fe en la parte demandada, y como en el expediente no se ha demostrado esa mala fe, declaramos infundada esta petición de la parte demandante". En consecuencia, absolvió a la empresa demandada del cargo referente a los llamados salarios caídos.

Según puede apreciarse de las transcripciones que se han hecho, y en especial de la referente a la sentencia del Tribunal, pudiera creerse que el fallo del *ad quem* no contiene condena por concepto de indemnización moratoria conforme el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, la realidad es que sí se produjo por la suma de $ 52.00, que según se vio están incluídos en el valor de la condena total. De otro lado, es evidente que la parte demandante se conformó con la decisión del Juez *a quo* en cuanto absolvió a la empresa demandada del pago de la indemnización por mora.

De la confrontación entre la decisión de primer grado y la de segundo resulta, por lo que hace al extremo de la litis referente a la indemnización moratoria, una decisión con agravio del único apelante, representado en un guarismo cierto y determinado, como se ha visto. Es decir, se presenta la ocurrencia de la figura jurídica conocida en derecho procesal con el nombre de "Reformatio in pejus", vicio que por sí solo constituye un motivo o causal especial para casar la sentencia, sin que se requiera acudir a ningún otro concepto de violación de la ley. En efecto, demostrado que el Tribunal rebasó el límite que le imponía la apelación de la sentencia de primer grado, por este solo hecho queda establecida la violación de la ley, sin que sea necesario ninguna otra demostración, pues, en este evento, no se enfrenta propiamente la sentencia contra la ley, sino las dos sentencias de instancia, para determinar o saber si la de segundo grado excedió a la otra en lo desfavorable al recurrente.

Además, según tiene establecido la Corte, por medio de sus Salas de Casación Civil y Laboral, la figura procesal de la *Reformatio in pejus* se halla expresamente reconocida en el artículo 494 del Código Judicial, que es un precepto sustantivo o de derecho material que ordena no se reformen las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, en perjuicio de quien apela de ellas para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercitado el derecho de impugnación procesal usando de los recursos que autoriza la ley. (*Gaceta Judicial*, t. LXVII, pág. 174).

Con fundamento en lo expuesto, prospera la acusación por el aspecto que se deja estudiado, con apoyo en la causal segunda del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, y habrá de casarse parcialmente la sentencia recurrida.

Como consideraciones de instancia, son suficientes las que se dejan expuestas para fundamentar el fallo de casación. Por cuanto prospera parcialmente el recurso en la forma que se deja visto, no se producirá condenación en costas.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando jus-

ticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha 10 de febrero de 1960 proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Laboral, en cuanto condena a la empresa demandada "Hotel Mardena", de la ciudad de Magangué, representada por su dueño, José Neguib, a pagar a la demandante la suma de $ 52.00 por concepto de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en su lugar confirma en este punto la decisión absolutoria del Juzgado *a quo*. 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, Alejandro Córdoba Medina, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de jurisprudencia a cargo del doctor Luis Ignacio Segura A., Relator de la Corte.

PETROLEOS. — PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA ACCION. — DETERMINACION DE LOS TERRENOS MERCEDADOS. — SUPERPOSICION DEL PREDIO LITIGIOSO AL AREA DE LA PROPUESTA. — EXAMEN ANALITICO DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

1. No basta la presentación de un título válido de enajenación emanado del Estado, sino que es indispensable comprobar plenamente la ubicación de los terrenos a que tal título se refiere. — 2. Se hace indispensable igualmente la prueba de la superposición entre el área de la propuesta y el área de los terrenos cuyo dominio se alega.

1. Ha dicho la Corte (LIII, 804) "que no basta la presentación de un título válido de enajenación emanado del Estado, sino que es indispensable comprobar plenamente la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos de mercedes y composiciones otorgadas por la Corona española (o el acto jurídico proveniente de la República) a favor de pretendidos causantes de los actuales dueños. Sin ello no podrá saberse a ciencia cierta si tal inmueble se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos. ¿Porque cómo puede saberse con certidumbre si una determinada extensión de terreno está comprendida dentro de otra, no conociendo la ubicación de esta otra?".

2. Otro de los requisitos fundamentales y previos de la acción propuesta es el relativo a la superposición del terreno litigioso con el área de la propuesta que motiva el pleito. En sentencia de 12 de noviembre de 1957 dijo esta corporación al respecto: "Aún más, estudiando la Corte este particular aspecto de la superposición entre el área de la propuesta y el área de los terrenos cuyo dominio actual se alega, en varias sentencias la ha considerado como un nuevo aunque no menos importante presupuesto de la acción de petróleos y ha dicho que su prueba se hace indispensable porque originándose dicha acción en las pretensiones encontradas de la Nación y los particulares, mientras no se sepa si son unos mismos los terrenos cuyo dominio se pretende por aquélla y los pretendidos por éstos, no puede saberse si hay controversia que deba ser dirimida, es decir, si ha nacido o no la acción del particular contra la Nación o de ésta contra aquél (LXXXVI, 900). Y las pretensiones de la demanda se encaminan a obtener, además de la declaración de propiedad particular del petróleo que pueda encontrarse en determinado bien raíz, la de que dicho subsuelo debe excluírse del área de la concesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano).

Por medio de apoderado especial y en libelo presentado ante esta Sala de la Corte el 26 de septiembre de 1959, María Cecilia Correa Correa demandó a la Nación a fin de que por los trámites del juicio ordinario de única instancia a que se refiere el artículo 2º del Decreto extraordinario número 3050 de 1956, se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que el globo de terreno de propiedad de mi mandante, determinado en el hecho primero de esta demanda, denominado 'El Moro', antes 'El Chacal', situado en el Municipio de Tenjo, Departamento de Cundinamarca, por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de títulos emanados del Estado, que conservan su eficacia legal.

"*Segunda.* Que, en consecuencia, el subsuelo petrolífero del mencionado inmueble, o sea el petróleo y los demás hidrocarburos, gases y substancias de que trata el artículo 1º del Código de Petróleos, que se hallen en el subsuelo de dicho globo de terreno son de propiedad de mi poderdante, la señorita María Cecilia Correa Correa.

"*Tercera.* Que para el caso de que los títulos que presentaré no se consideren eficaces para demostrar la propiedad privada del subsuelo, de acuerdo con el artículo 5º del Código de Petróleos, se declare que dicho inmueble salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

"*Cuarta.* Que, por consiguiente, el subsuelo del referido globo de terreno, y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y subtancias de que trata el artículo 1º del Código de Petróleos, que se encuentren en dicho subsuelo, pueden explotarse como de propiedad privada de la señorita María Cecilia Correa Correa y su exploración y explotación no puede adelantarse por la Texas Petroleum Company, solicitante de la propuesta número 869 (Tabio) de que se habla en el hecho segundo de esta demanda, por ninguna persona natural o jurídica distinta de la señorita María Cecilia Correa Correa.

"*Quinta.* Que en el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petroleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias de que trata el artículo 1º del Código de Petróleos, que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, como si fuese de propiedad nacional, por hallarse éste ubicado dentro del perímetro de la propuesta número 869 (Tabio), dicho contrato debe declararse ineficaz en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terreno objeto de esta demanda, conforme lo dispone el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956".

Las anteriores peticiones se fundan en los siguientes hechos:

"1. Mi poderdante, la señorita María Cecilia Correa Correa, es actualmente propietaria y poseedora material e inscrita del predio rural denominado 'El Moro', antes 'El Chacal', situado en el Municipio de Tenjo, Departamento de Cundinamarca, circunscrito por los siguientes linderos:

"Por dos costados con terrenos de la señora Cleofe Forero de González, actualmente con la señora Concepción González de Bulla; por otro, con terrenos del señor Manuel Benítez, río Chicú de por medio; por otro, con el camino público que de Funza conduce a Tenjo.

"2. El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 347 de 8 de abril de 1958, publicada en el "Diario Oficial" número 29776, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional registrada bajo el número 869 (Tabio), formulada por la Texas Petroleum Company el día 17 de agosto de 1956, sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas con 8.000 metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Tabio, Cajicá, Subachoque, Tenjo, Madrid, Funza, Cota, Mosquera, Chía, y antiguos Municipios de Engativá, Suba y Fontibón, hoy Distrito Especial de Bogotá, en el Departamento de Cundinamarca, y comprendido por los siguientes linderos: (aquí ellos).

"3. Mi poderdante es propietaria y actual poseedora, material e inscrita, del inmueble a que se refiere el hecho primero, por virtud de los títulos escriturarios que presentaré para que sean tenidos como prueba en el juicio, y que son los siguientes: a) Escritura pública número 4162 de 28 de junio de 1954, de la Notaría 2ª de Bogotá; división material entre María Cecilia Correa C. y otros. Hijuela parcial de María Cecilia Correa Correa; b) Escritura pública 1969 de 25 de marzo de 1954, de la Notaría 2ª de Bogotá. Protocolización de la sucesión de Zoilo Correa G. y otra. Copia parcial de la hijuela común; c) Escritura pública número 1896 de 13 de junio de 1928, de la Notaría 1ª de Bogotá. Venta del señor doctor Manuel M. González al señor don Zoilo Correa C.

"4. La tradición del dominio del globo de terreno de que trata el hecho primero de esta demanda, que he descrito antes, por un tiempo que

excede al período de la prescripción extraordinaria, se remonta hasta fecha anterior al 28 de octubre de 1873.

"5. El terreno de mi poderdante, tal como se delimita en el hecho primero, salió del patrimonio del Estado, en mayor extensión, por virtud de varios títulos que estableceré oportunamente en el juicio.

"6. Los títulos anteriores al 28 de octubre de 1873, por virtud de los cuales el terreno delimitado en el hecho primero de esta demanda salió del patrimonio nacional, conservan su eficacia legal porque no ha ocurrido ninguna de las condiciones resolutorias que en ellos pudieran considerarse implícitas.

"7. Dentro de los terrenos que salieron legalmente del patrimonio del Estado, por virtud de los títulos a que se refiere el hecho quinto de esta demanda, se encuentran comprendidos los terrenos de mi poderdante tal como se delimitan en el hecho primero de esta demanda.

"8. Los terrenos de mi poderdante han estado poseídos materialmente por particulares por largo tiempo con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sin oposición de nadie y en forma quieta, pacífica y tranquila.

"9. El globo de terreno mencionado, tal como se delimita en el hecho primero, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de mi poderdante, está comprendido dentro del área de la propuesta número 869 (Tabio) de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a él.

"10. El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo pertenecen a la señorita María Cecilia Correa Correa, está claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno".

Con la demanda se acompañaron los siguientes documentos: un ejemplar autenticado del "Diario Oficial" número 29776 de 27 de septiembre de 1958, en el que se publica un extracto de la Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos número 347 de 8 de abril de 1958, mediante la cual se aceptó la propuesta de contrato número 869 (Tabio), formulada por la Texas Petroleum Company; una certificación del mismo despacho ministerial sobre vigencia de la propuesta referida y sobre vencimiento del término hábil para presentar demanda de oposición con relación a la misma; tres instrumentos públicos relacionados con la tradición del dominio de los terrenos objeto del litigio; un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre vigencia de tales títulos; copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional de la merced otorgada el 31 de agosto de 1631 a Felipe de Santa Cruz por don Sancho de Girón.

De la demanda se dio traslado al Procurador General de la Nación, quien, por intermedio de su Delegado Primero en lo Civil, se opuso a que se "resolvieran favorablemente las peticiones impetradas por el actor", y manifestó, en cuanto a los hechos, que se atendría a la eficacia y conducencia de las pruebas que se produjeran en el juicio para respaldarlos.

Durante el término de prueba y a petición del mandatario judicial de la parte actora, la Corte ordenó librar despacho al Jefe del Archivo Histórico Nacional para que expidiera copia de las mercedes de tierras concedidas, respectivamente, a Francisco de Tordehumos, Juan Chinchilla y María Santiago, como también de la escritura de venta hecha el 22 de octubre de 1725 por Juan Clemente de Chaves a Felipe Santacruz, con la confirmación de este título y de las diligencias de justificaciones presentadas y promovidas por Cristóbal Nieto ante el Juzgado de comisión en orden al deslinde de la hacienda de Santa Cruz con la de Tibaguyes. Asimismo se decretó la práctica de una diligencia de inspección ocular, en asocio de peritos, a fin de establecer la identidad de los terrenos objeto del pleito.

Como el negocio ha recibido el trámite correspondiente y ha llegado la oportunidad de desatarlo en el fondo, se procede a decidirlo mediante las consideraciones que a continuación se exponen:

Desde luego, debe la Sala estudiar si en el presente juicio y con los elementos de prueba traídos al proceso, se han acreditado los presupuestos esenciales de la acción, a saber:

Título proveniente del Estado que acredite que las tierras en cuestión salieron legalmente del dominio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

Determinación precisa del terreno en que subyace el petróleo cuya propiedad privada se disputa;

Identificación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado;

Superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título antiguo y la de los terrenos en cuyo subsuelo se alega dominio privado.

Propiedad actual de la parte actora en el período de la prescripción extraordinaria, relativa a las tierras cuyo subsuelo petrolífero se reclama.

Pero antes de proceder al examen de la eficacia y validez del título antiguo que determinara el desprendimiento de las tierras litigiosas del

patrimonio nacional, es menester definir si se ha determinado con precisión el terreno sobre el cual ha de recaer concretamente la declaración de propiedad particular impetrada. Ha dicho la Corte a este respecto (G. J. LIII, pág. 804) "que no basta la presentación de un título válido de enajenación emanado del Estado, sino que es indispensable comprobar plenamente la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos de mercedes y composiciones otorgadas por la Corona española (o el acto jurídico proveniente de la República) a favor de los pretendidos causantes de los actuales dueños. Sin ello no podrá saberse a ciencia cierta si tal inmueble se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos. ¿Porque cómo puede saberse con certidumbre si una determinada extensión de terreno está comprendida dentro de otra, no conociéndose la ubicación de esta otra?".

En orden a la determinación de los terrenos litigiosos, se llevó a cabo el 5 de febrero de 1962 por el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá, en virtud de comisión conferida por la Sala, la práctica de la diligencia de inspección ocular oportunamente decretada.

El acta correspondiente, en primer lugar, da claro testimonio de que el personal inspector procedió a la identificación de la finca denominada "el Moro", objeto de la demanda de oposición, mediante la minuciosa verificación de sus linderos, los cuales concuerdan con los de los títulos presentados sobre propiedad actual de la mencionada finca. El acta contiene una detallada relación del recorrido que se hizo para el reconocimiento de tales terrenos, los cuales allí se insertan, anotándose que corresponden a los indicados en los documentos de anterior cita.

En cuanto a la identificación de los puntos básicos o datos que sobre alindamientos relacionan los títulos primitivos, expresa el acta: "... De los linderos enunciados en dicho documento (se refiere a la merced de tierras concedida a Felipe de Santa Cruz por don Sancho de Girón el 12 de agosto de 1631), el Juzgado, por medio de los peritos y el personal de la diligencia, únicamente pudo identificar la sierra de Cota, que se encuentra situada de Sur a Norte del valle, quedando la finca antes identificada como 'El Moro' en la parte occidental de dicha sierra, carretera de por medio y hacia la parte oriental del río llamado Chicú. Los testigos informaron que la terminación de esta sierra que queda a unos tres kilómetros hacia el sur de la finca, se ha llamado siempre la punta de Cota, y que muy hacia el norte de la misma serranía queda la vereda llamada Guangatá, dentro de jurisdicción del Municipio de Tenjo. Se deja constancia de que en el valle situado al occidente de dicha serranía no se observa la existencia sino del río Chicú, al cual se le ha dado ese nombre desde hace más de cincuenta años, según lo afirman los testigos. De este documento, que data de 1631, no se logró la identificación de puntos diferentes a los antes dichos. De la misma manera, de la titulación presentada por medio del despacho, dentro de la cual se encuentra el título mediante el cual adquirió Felipe de Santa Cruz un terreno de manos de María Santiago, el 3 de diciembre de 1588, así como el acta de posesión, no se logró la identificación de punto alguno diferente a los antes mencionados. De la merced obtenida por doña María Santiago, el 3 de diciembre de 1588, no se logró identificación alguna por cuanto en dicho título se habla de una isla situada entre dos arroyos, y en el lugar, objeto de la diligencia, solamente existe el río antes mencionado. En atención a que la finca 'El Moro' no puede identificarse en el acta con los inmuebles que aparecen en la titulación referida, el Juzgado propone a los señores peritos, para que de acuerdo con su leal saber y entender, una vez estudiados los títulos anteriores, conceptúen si dicha finca 'El Moro' forma o formó parte de dichos inmuebles, especialmente de la merced dada a doña María Santiago...".

La información pericial llegó a las siguientes conclusiones:

a) Los linderos de la hacienda "El Moro", a que se refiere la demanda, corresponden a los descritos en los títulos presentados por la parte actora sobre propiedad actual de la misma, los cuales fueron suficientemente localizados en la diligencia de inspección ocular mediante su reconocimiento sobre el terreno.

b) Es imposible localizar sobre el mapa del Instituto Geográfico y Militar la estancia de pan y ganado menor mercedada a Juan de Chinchilla por el Cabildo de Santafé el 18 de agosto de 1588, porque en ese documento "no se da alinderación alguna, sino que vagamente se dice que está en tierras de Cota".

c) En cuanto a las diligencias sobre justificaciones presentadas y promovidas por parte de Cristóbal Nieto ante el Juzgado de Comisión, en orden al deslinde de la hacienda de Santa Cruz con la de Tibaguyes en el año de 1807, no es posible localizar esas haciendas "debido a la ausencia de datos que orienten sobre su situación. Se solicita que se practiquen diligencias con el fin de separar la correspondiente a Tibaguyes y

la estancia de Francisco Tordehumos. La realización de tal diligencia no aparece de autos".

d) "Se puede dar una localización aproximada" sobre la Carta Preliminar del Instituto Geográfico de la estancia de ganado mayor concedida en merced por el Cabildo de Santafé a María Santiago "entre las tierras de Cota, Tenjo, Chitasugá y Churguaco", teniendo en cuenta los datos que menciona el título y la dimensión de la estancia. Los peritos con fundamento en dichas inferencias ofrecen un dibujo que, en su concepto, es la representación gráfica de la referida merced.

e) La finca "El Moro" no queda amparada o comprendida por el posible perímetro que trazan para determinar la anterior adjudicación colonial.

f) Del alindamiento de la estancia de ganado proveída por el Cabildo de Santafé a Francisco Tordehumos en 1570, "solamente se pueden establecer los siguientes parajes: Punta de Cota, o sea el extremo sur-este del cerro de Buenavista, de acuerdo con la aseveración de los testigos. La ciénaga o pantano situado al occidente de la Punta de Cota y el cerro que en la carta preliminar figura con el nombre de Buenavista.

"La estancia de ganado, de acuerdo con la declaración de Juan Fuente, medidor que era de la ciudad, y obra en autos, se consideraba para la época a que nos referimos de seis mil pasos de frente y largo. El paso tenía la dimensión de una vara menos cuatro dedos, o sea que aproximadamente el paso tenía setenta y dos centímetros (0.72 cmts.), o sea que la estancia la constituía un cuadrado de cuatro mil trescientos veinte (4.320) metros de lado. Con estos datos y la orientación dada a la estancia en relación con la Punta de Cota y el cerro, se ha localizado un cuadrado partiendo de la Punta de Cota y costeando el cerro, cuadrado que tiene por sus lados una longitud de 4.320 metros y que limita la superficie correspondiente a una estancia de ganado mayor de esa época, o sea de 1.866.24 hectáreas. La estancia en referencia no podía ir hasta el caserío de Tenjo sino en esa dirección, y lo mismo en dirección de Chitagasugá, vereda que figura en el plano del Instituto.

"En resumen, por la vaguedad de los linderos en la petición de Tordehumos, para la localización aproximada de tal estancia, se han tenido en cuenta, el paraje de Punta de Cota, el cerro y la dimensión de la estancia de ganado de acuerdo con la declaración de Juan Fuente. De acuerdo con la localización dada para esta estancia, se deduce que el predio 'El Moro' está dentro de los linderos de la estancia solicitada por Francisco Tordehumos.

"... Para una mayor ilustración, se acompaña un mapa, en el cual se han indicado en colores diferentes los linderos de los terrenos sobre los cuales versa el dictamen pericial, así: linderos de la estancia solicitada por Francisco Tordehumos, en color verde...".

Pero antes de evaluar el mérito probatorio del dictamen pericial, importa examinar si en el presente negocio está satisfecho otro de los requisitos fundamentales y previos de la acción propuesta, o sea el relativo a la superposición del terreno litigioso con el área de la propuesta que motiva el pleito.

En sentencia de 12 de noviembre de 1957 dijo esta corporación al respecto: "Aún más, estudiando la Corte este particular aspecto de la superposición entre el área de la propuesta y el área de los terrenos cuyo dominio actual se alega, en varias sentencias la ha considerado como un nuevo aunque no menos importante presupuesto de la acción de petróleos, y ha dicho que su prueba se hace indispensable porque originándose dicha acción en las pretensiones encontradas de la Nación y los particulares, mientras no se sepa si son unos mismos los terrenos cuyo dominio se pretende por aquélla y los pretendidos por éstos, no puede saberse si hay controversia que deba ser dirimida, es decir, si ha nacido o no la acción del particular contra la Nación o de ésta contra aquél".

En el caso *sub judice*, según se indica en los fundamentos fácticos de la demanda, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió por Resolución número 347 de 8 de abril de 1948 la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional formulada por la Texas Petroleum Company y registrada bajo el número 869 (Tabio), relativa al globo de terreno que por su extensión, ubicación y linderos se individualiza en el hecho 2º del libelo, propuesta dentro de cuya área se dice que está comprendido el predio "El Moro", a que se contrae la demanda.

Y las pretensiones de esta última se encaminan a obtener, además de la declaración de propiedad particular del petróleo que pueda encontrarse en ese determinado bien raíz, la de que dicho subsuelo debe excluírse del área de la concesión en referencia.

Por lo tanto, correspondía a la parte actora demostrar esos extremos de la acción; pero al proceso no se trajo elemento de convicción tendiente a establecer la superposición real entre el períme-

tro de la propuesta y el de los terrenos cuyo dominio se alega. En efecto, durante la diligencia de inspección ocular no se adelantó ninguna averiguación en orden al esclarecimiento de esta cuestión litigiosa. El acta de esa vista de ojos, por lo menos, no contiene dato alguno atinente a la existencia de tal superposición. De otro lado, a los peritos no se les pidió que rindieran dictamen sobre este punto, por lo cual en su informe y en el croquis presentado con aquél no suministran estudios y conclusiones a este particular.

De lo anterior se desprende que en este juicio no se ha acreditado el presupuesto relativo a la interferencia o superposición entre el área de la propuesta número 869 (Tabio) y la de las tierras materia de la demanda.

Mas la Sala fundamenta su fallo no sólo en la precedente consideración. Advierte que si bien la prueba de la inspección ocular y la concurrente de peritos acreditan la identificación satisfactoria del predio denominado "El Moro" por los alindamientos y especificaciones contenidos en el libelo de oposición y en los títulos de propiedad actual invocados por la parte actora, en cambio tales medios de convicción no establecen la determinación cierta de las tierras mercedadas por el Cabildo de Santafé a Francisco Tordehumos, merced que abarca o ampara la finca objeto del litigio, según inferencias de los expertos.

Como lo anota el dictamen pericial, resalta en el cuestionado título antiguo "la vaguedad de los linderos en la petición de Tordehumos". Y en verdad, la solicitud en referencia sólo relaciona estos imprecisos e insuficientes datos en cuanto a la teórica descripción de esas tierras: "... una estancia de ganado en términos de Cota, que está desde la punta de Cota, ciénaga arriba costeando el cerro hasta Tenjo, de allí hasta Chitasugá y Bogotá...".

Ahora bien, en la diligencia de inspección ocular no se hizo ninguna verificación tendiente a fijar en forma objetiva, como realidad geográfica y topográfica, esta adjudicación colonial, relacionando al efecto los datos indicados en dicho título para el alindamiento de la estancia con puntos arcifinios actualmente existentes. El acta de dicha vista de ojos, ya transcrita, no menciona siquiera esta merced de tierras.

De otra parte, el dictamen pericial, sin razonados fundamentos que lo expliquen, se limita a plantear la hipótesis de que sobre el plano del Instituto Geográfico Militar se puede hacer sólo "una localización aproximada" de la estancia proveída a Tordehumos, dada la vaguedad de sus linderos, si se tienen en cuenta estos parajes: "Punta de Cota, El Cerro y la dimensión de la estancia".

Pero no es admisible tener como debidamente acreditado el presupuesto de la determinación de las cuestionadas tierras a través de la información pericial, por las siguientes consideraciones:

Para la ubicación de la merced —se repite— los expertos no recurrieron al medio probatorio adecuado para cumplir dicha finalidad, o sea al reconocimiento directo y a la confrontación sobre el terreno de los pocos puntos o sitios que el título antiguo indica como teóricos alindamientos de la estancia, sino que se redujeron a dibujar sobre una plancha del Instituto Geográfico del Ministerio de Hacienda no autenticada y sólo acompañada al dictamen una figura que, en su sentir, representa aproximadamente el área de la adjudicación colonial.

El documento antiguo no describe la figura o perímetro territorial de la merced, ni señala una clara posición de la estancia, pues únicamente y con evidente imprecisión se refiere a una extensa línea de su ámbito abierto, que enuncia así: "... desde la punta de Cota, cienaga arriba costeando el cerro hasta Tenjo, de allí hasta Chitasugá y a Bogotá". Ese lindero arcifinio que hubiera permitido localizar en el terreno un lado de la adjudicación, no fue reconocido en la diligencia de inspección ocular ni es posible siquiera determinarlo con las informaciones que el título contiene, ya que según expresión de los peritos el lindero en referencia no podía ir hasta los lugares allí indicados, sino sólo en dirección de los mismos. De lo anterior se desprende que los únicos datos señalados en la merced concedida a Tordehumos para describir uno de los posibles límites de la estancia, no corresponden a ninguna realidad sobre el terreno que se haya verificado, ni concuerdan esos datos con puntos actuales que permitan localizar la adjudicación colonial de la manera indicada en el croquis presentado por los expertos.

Además los peritos, "para la l o c a l i z a c i ó n aproximada de la estancia", consideran como puntos o parajes debidamente identificados del mencionado alindamiento los siguientes: "Punta de Cota, o sea el extremo sur-este del cerro de Buenavista, de acuerdo con la aseveración de los testigos. La ciénaga o pantano situado al occidente de la Punta de Costa, y el cerro que en la carta preliminar figura con el nombre de Buenavista". Al respecto cabe anotar que en la visita o inspección ocular no se hizo la averiguación pertinente encaminada a establecer que los parajes o sitios que indican los peritos con los nom-

bres antes mencionados, sean los mismos que relaciona el título primitivo con otras nominaciones.

Finalmente, importa agregar que si los peritos no efectuaron ni siquiera el reconocimiento objetivo y real de uno de los posibles lados del perímetro de la estancia, relacionando los puntos que cita el título al respecto con lugares ciertos y actualmente conocidos y determinables, tampoco es posible establecer una relación de conexión entre la cabida de la merced y los linderos de la misma.

De lo antes expuesto, síguese que en este juicio no se ha acreditado el presupuesto de la determinación de los terrenos litigiosos. Y el hecho anotado igualmente lleva a la conclusión de que no puede prosperar la acción promovida con fundamento en la justa prescripción por actos de explotación económica desde tiempo inmemorial, puesto que no se conocen los terrenos en los cuales se hubieran llevado a cabo esos actos de aprovechamiento.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda ordinaria promovida por María Cecilia Correa Correa, materia de esta sentencia, y, en consecuencia, *se absuelve* a la Nación demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y archívese el expediente.

Los Magistrados:

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

NULIDADES PROCESALES. — ACTOS NULOS Y ACTOS SIMPLEMENTE IRREGULARES. — EL DICTAMEN PERICIAL Y EL ERROR GRAVE

Distintos medios que prevé el derecho procesal para corregir las irregularidades en que se haya podido incurrir en la tramitación de la causa. — En qué consiste el error grave capaz de desvirtuar un dictamen pericial (art. 720 del C. J.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 27 de abril de 1963.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

En el ordinario que ante el Tribunal Superior de Montería sigue Daniel Jaramillo Bernal contra el Departamento de Córdoba, por perjuicios, el señor apoderado de éste introdujo un memorial en que hizo una serie de observaciones a la inspección ocular que practicó en Medellín el Juez Primero Civil de dicho Circuito por comisión de aquel Tribunal, y al dictamen pericial concurrente con dicha diligencia. En un pasaje del referido memorial dijo: "Anotando que por las razones anteriores estimo nula la actuación del Juez comisionado, y que ese vicio sustancial antecedente hace nulo el dictamen pericial, hago a éste las siguientes observaciones: '...'". Y como conclusión general expresó: "Concluyo haciendo constar que está afectada de nulidad y consecuencialmente carece de valor la actuación llevada a cabo por el Juez 1º Civil del Circuito de Medellín; y que también está afectado de nulidad el dictamen de los peritos que, por otra parte, se apoya en bases falsas e incurre en error grave".

El Tribunal estimó que se había alegado una nulidad y formuládose una objeción por error grave al dictamen pericial, y decidió someter el memorial al trámite de una articulación, a la que puso fin en auto de 24 de octubre de 1962, cuya parte resolutiva reza: "1º Deniégase la petición de nulidad hecha por el doctor Giraldo en relación con la actuación del Juez 1º Civil del Circuito de Medellín, llevada a cabo en virtud de comisión que al efecto le fue encomendada por la Sala. 2º Decláranse infundadas las objeciones por error grave formuladas por el mismo apoderado, al peritazgo rendido dentro de la actuación realizada por el Juez comisionado".

Contra aquel proveído interpuso recurso de apelación el señor apoderado del Departamento, razón por la cual vino el negocio a esta corporación, donde ha sufrido el trámite de ley. Dicho señor apoderado no sustentó el recurso. Por su parte el apoderado del demandante, en extenso alegato, pide la confirmación del auto apelado.

Las observaciones referentes a la nulidad de la actuación del Juez comisionado las resume el Tribunal, con acierto, de la manera siguiente:

"1º La actuación del comisionado fue presentada al Tribunal por el propio interesado, violando con ello lo dispuesto por el artículo 386 y siguientes del Código Judicial".

"2º El demandante nombró al doctor Gustavo Bernal Restrepo como su apoderado ante el Juez comisionado, sin revocar el poder que antes había conferido al doctor Cabrales para que le representase en el juicio, y además actuó en su propio nombre durante la diligencia de inspección ocular. La actuación de los dos apoderados al mismo tiempo viola el artículo 268 del Código Judicial, y hace nula la actuación, nulidad que también es producida por la litigación del actor en su propio nombre, con fundamento en la Constitución Nacional y la Ley 69 de 1945".

"3º Los autos de fecha 2 y 12 de julio de 1962 no fueron notificados por estado al Departamento, omisión que no se subsana con la notificación al Personero Municipal de Medellín".

"4º En vez de cumplir lo ordenado en la comisión, o sea el examen de los libros de contabilidad de Daniel Jaramillo, o de la Distribuido-

ra Cóndor Ltda., o de la Agencia de Licores de Antioquia, desde julio de 1952 hasta junio de 1961, inclusive, el comisionado, por petición del demandante, sólo accedió a examinar los libros de contabilidad en el lapso de septiembre de 1957 a junio de 1961, violando en esta forma lo ordenado por el comitente".

"5º El comisionado se excedió también al permitir que los peritos determinaran el valor de las utilidades líquidas dejadas de percibir por Daniel Jaramillo en el período de 1961 a 1963, lo que no era materia de la comisión".

"6º En la actuación aparece un radiotelegrama, enviado por el Magistrado Sustanciador al Juez, facultándolo para designar perito del Departamento, pero no aparece en parte alguna la solicitud del Juez sobre el particular".

"7º El nombramiento del perito del Departamento es inválido y vicia de nulidad lo actuado porque el Juez no requirió a las partes para su nombramiento".

Para los fines de esta providencia basta destacar que, como bien anota el Tribunal, ninguno de los hechos a que se contraen las observaciones anteriores han sido erigidos en causales de nulidad por la ley, si bien algunos pudieron constituír procederes irregulares. Pero es que, como bien es sabido, no toda irregularidad configura una nulidad, sino aquéllas que han sido contempladas por el legislador como tales. Sobre el particular ha dicho la Sala:

"La tesis de que cualquiera infracción de la regla legislada determina nulidad procesal es una posición difícilmente admitida por los procesalistas modernos. Como lo expone don Manuel de la Plaza, frente a esa posición, la doctrina cree más prudente adoptar una actitud ecléctica para distinguir los actos *nulos* de los simplemente *irregulares;* que es la que adopta la comisión redactora del Código Judicial vigente, cuando en la exposición de motivos explica que "sólo deben erigirse en causales de nulidad las irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa' ".

"El principio *quidquid contra legem fit nulum est* pretende fundarse en la naturaleza del derecho procesal que —como en general el derecho administrativo, de cuya índole participa— mira los actos jurídicos con criterio *objetivo,* siendo, por tanto, característicamente *formal,* de modo distinto a como lo hace el derecho privado que tiene especialmente en cuenta el aspecto *subjetivo* de esos mismos actos; y como la forma de los actos jurídicos ha sido establecida en interés general, esto es, que constituye una garantía de orden público, se piensa con razón que toda informalidad debe venir acompañada de un medio eficaz para subsanarla, en beneficio de las garantías de juzgamiento que consagra la Constitución".

"Y así es: sólo que en el sistema del Código ese medio no siempre es la nulidad, como se desprende del carácter taxativo con que se hallan establecidas las respectivas causales, sino que, por razones de economía principalmente, clasifica las infracciones según la mayor o menor importancia de la regla jurídica, desde los puntos de vista del interés en conflicto y de la gravedad de la infracción, estableciendo sobre esta base un régimen gradual de sanciones o remedios".

"Es así como el derecho procesal prevé medios distintos para corregir las irregularidades en que se haya podido incurrir en la tramitación de la causa, según su naturaleza y la gravedad que revistan, reservando el de nulidad para los casos más graves, en que se omite un elemento o formalidad esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa. Cuando no se trata ya de un elemento *esencial* para que se forme la respectiva relación de derecho o el defecto puede sanearse en otra forma, la ley acude a otros medios para asegurar la garantía de juzgamiento que consagra el artículo 26 de la Constitución: la exigencia de determinados presupuestos para que la demanda pueda ser admitida; los impedimentos procesales; las excepciones dilatorias; los recursos que la ley concede contra las providencias de los Jueces; la simple ineptitud del acto irregular para vincular en ciertos casos al Juez y a las partes, no son otra cosa que medios que la ley previene para corregir, según la eventualidad, la inobservancia de las formas del juicio, y evitar a cualquiera de las partes el condigno perjuicio. De modo que si se han establecido enumerativamente las infracciones que producen nulidad es porque al lado de este medio se han creado otros aplicables según la índole de la informalidad, la importancia de la norma pretermitida o infringida o la naturaleza o consecuencias que se sigan de la infracción. En esta forma adopta la regla legislada, en el sistema del Código, la posición ecléctica que a la doctrina atribuye el señor De la Plaza, mediante la distinción de los actos *nulos* de los simplemente *irregulares,* a fin de proveer por diferentes modos, como en efecto lo hace, a la cumplida observancia de las formas del proceso sin que para enderezarlo sea menester acudir en cada trance a nulidades que inútilmente lo encarecen y prolongan".

En cuanto a las observaciones al dictamen pericial, se contraen a los siguientes puntos:

a) A que los libros de contabilidad examinados no estaban registrados en la competente oficina;

b) A que hay una partida de $ 81.834.49 que no está suficientemente explicada;

c) A que los detalles extractados por los peritos respecto a costos, gastos y demás particularidades del negocio carecen de valor probatorio por desprenderse de libros que no reúnen las condiciones exigidas por la ley;

d) Que los peritos no especificaron fechas de compras y ventas, ni precios pagados, ni la clase de licores negociados, ni las distintas clases de impuestos cubiertos;

e) A que "alegremente procedieron los peritos a justipreciar las utilidades que hubiera podido percibir el actor en el negocio de licores".

Como puede apreciarse, tales observaciones se refieren a la fundamentación del dictamen o dicen relación al valor que en sí puedan tener las pruebas, y de ninguna manera se encuentra señalado en ellas un verdadero error de hecho, de cuya comprobación tuviera que resultar una conclusión distinta. Como ha dicho la Sala, "el error grave de que trata el artículo 720 del Código Judicial, capaz de desvirtuar un dictamen pericial y de conducir al nombramiento de nuevos expertos, dice relación generalmente a los hechos básicos del dictamen considerados en su aspecto mensurable, y no debe confundirse con las deficiencias de fundamentación ni con la extralimitación de los peritos en el desempeño de su cometido. Se comete error grave de la categoría anotada cuando, por ejemplo, al avaluarse una faja de terreno se considera que tiene diez metros de ancho en vez de cinco, o si al calcularse la depreciación de una máquina se le asigna una utilización normal de cinco años en vez de tres. Pero no lo hay si el valor dado a la zona carece de toda explicación, o si se estima que en la depreciación de una máquina debe computarse un aumento en el precio, no señalado como materia del dictamen. Naturalmente estos últimos acaeceres no dejarán de producir efectos perjudiciales respecto al dictamen, pero su apreciación por el juzgador sólo podría hacerse al dictar la decisión de fondo". (Auto de 29 de septiembre de 1962).

Por consiguiente, la decisión del Tribunal a este respecto ha debido ser en el sentido de que no hay lugar a un pronunciamiento sobre error grave. Sin embargo, como la fórmula que adoptó en realidad engloba una tal declaración, bien puede confirmarse todo el auto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase el auto proferido por el Tribunal Superior de Montería el 24 de septiembre de 1962, objeto de la presente apelación.

Sin costas.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

DILIGENCIAS EJECUTIVAS CONTRA UN FUNCIONARIO DIPLOMATICO

Las competencias no se suscitan de oficio en los asuntos civiles, sino a instancia de parte legítima. — Necesidad de interponer los recursos legales por la vía regular.

Según el artículo 415 del Código Judicial, "las competencias no se suscitan de oficio en los asuntos civiles, sino a instancia de parte legítima"; y de ninguna manera resulta "parte legítima" el "asesor jurídico" del Ministerio de Relaciones exteriores, quien en el oficio de 12 de diciembre de 1962 dice: "Resulta entonces abiertamente ilegal el procedimiento judicial seguido contra el señor Douillet, y las medidas preventivas que dentro de él fueron tomadas. Por ese motivo, muy atentamente le ruego revisar la actuación y examinar el levantamiento inmediato del embargo decretado, así como la competencia en virtud de la cual usted entró a conocer del asunto".

Desde luego, las razones o argumentos expuestos por la Embajada de Bélgica ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, bien pudo y puede el ejecutado hacerlos valer ante el Juez del conocimiento, mediante la interposición de los recursos legales que tiene a su disposición, como el de reposición y apelación, para que tanto el propio Juez de primera instancia como su superior inmediato puedan estudiar la competencia para conocer de la obligación civil demandada al Agregado Civil de la Embajada de Bélgica, o bien provocar el incidente previsto en el artículo 456 del Código Judicial, si fuere del caso; y aun sin petición de parte, el Juez de primera instancia puede proceder en la forma prevista en el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial, en armonía con el numeral 3º del artículo 151 de la Constitución Nacional, en función con las disposiciones legales conducentes, como el Decreto número 3135 de 1956, siempre que los elementos de hecho estén probados en el proceso, como lo observa el Procurador Delegado en la parte final de su vista.

Por tanto, como en estas diligencias no ha intervenido parte legítima, ni se han interpuesto los recursos legales por la vía regular, la Sala se abstiene de resolver sobre la competencia del Juez Municipal para conocer de la demanda ejecutiva; y por tanto, ordena devolver el expediente al Juzgado de origen para los fines legales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

Mediante documento privado de 1º de junio de 1961, estampillado el 25 de mayo de 1962, se celebró un contrato de arrendamiento entre el doctor Alvaro Samper C., como arrendador, y Genia Douillet y Roberto Maquinay, como arrendatarios de una casa de habitación sita en Usaquén, por las lindes descritas en el documento y por un canon mensual de mil seiscientos pesos; además los arrendatarios se obligaron a pagar los servicios de energía, acueducto, gas, teléfono, etc., para cuyo fin, al terminar el plazo del arrendamiento, fijado en un año, exhibirían las correspondientes cartas de pago de tales servicios.

En la cláusula novena del dicho contrato se estipuló:

"Por el solo hecho de iniciar el arrendador acción judicial para la restitución de la finca o cobro de saldos liquidados por concepto de este contrato, o por daños en el inmueble, o por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, los arrendatarios serán deudores de la cantidad de mil seiscientos pesos ($ 1.600.00), que el arrendador podrá exigir inmediatamente por la vía ejecutiva, si fuere el caso, a título de pena y sin menoscabo del derecho a la indemnización de perjuicios, todo lo cual podrá pedirse simultáneamente".

Posteriormente, el mismo doctor Samper solicitó que el arrendatario Genia Douillet absolviera posiciones, como así lo hizo en diligencia lle-

vada a efecto ante el Juez 11 Civil Municipal el día 4 de julio de 1962, de la cual conviene destacar las siguientes preguntas y respuestas:

"Séptima: ¿Como es cierto, sí o no, que cuando usted y el arrendador dieron por terminado el contrato de arrendamiento, usted se comprometió a pagar y entregar a Samper los recibos de luz, agua y dejar pagado el del teléfono de Usaquén, sin que esto haya sucedido? *Contestó:* No es cierto. Aclaro: como el doctor Samper debía devolverme quinientos pesos por saldo del teléfono como está incluído en el contrato en la cláusula segunda, más el valor de ciento cincuenta pesos correspondiente al pago del teléfono en el mes de mayo, o sea una suma de seiscientos cincuenta pesos, hemos hecho un convenio de poner fin al contrato de arrendamiento el día 22 de abril de este año, yo le rebajé esta suma de seiscientos cincuenta pesos para quedar en paz y salvo por todas las cláusulas del contrato, como él firmó a mi solicitud y según consta sobre el duplicado del contrato que tengo en mi poder, el cual dice textualmente, de puño y letra del doctor Alvaro Samper: 'Por acuerdo entre las partes se da por terminado el contrato el último día del mes de abril, declarándose a paz y salvo mutuamente por todas las cláusulas del mismo. (Fdo.) Alvaro Samper C. - Bogotá, abril 22 de 1962'. (Se deja constancia de que el absolvente mostró al Juzgado copia del documento en mención, y que lo anteriormente transcrito consta en manuscrito al final del dicho duplicado). El absolvente manifiesta que: dejo contancia de que en el original del documento, o sea el que el Juzgado me ha puesto de presente en esta diligencia, no existe la constancia transcrita entre comillas en esta diligencia".

En fin, después de haber hecho varias preguntas sobre el mismo tema, en la pregunta 15 se dice:

"¿Como es cierto, sí o no, que en consecuencia, usted está debiendo a su arrendador Alvaro Samper el valor de los servicios por un total de $ 158.50, discriminados como aparece en la pregunta octava? (al absolvente se le leyó la citada pregunta). Contestó: No es cierto. Repito que no, en virtud de lo convenido y a que me refiero en mi respuesta a la pregunta séptima".

En el mismo sentido contestó la pregunta decimasexta, en la cual se los interroga sobre los daños causados en el inmueble, que el doctor Samper estima en $ 171.70.

Con fundamento en el documento privado que contiene el contrato de arrendamiento, en la copia de la absolución de posiciones y en un auto de requerimiento, el doctor Alvaro Samper solicitó el embargo preventivo de los saldos que tuviese el presunto ejecutado en los bancos, hasta la cantidad de dos mil pesos, como también los muebles de la casa de habitación del mismo demandado.

Decretado el embargo preventivo y comunicado al Banco Comercial Antioqueño, a petición del actor, el Juzgado dictó el 26 de noviembre de 1962 este sumarísimo mandamiento de pago:

"El documento y copias que se acompañan prestan mérito ejecutivo al tenor de lo dispuesto por el artículo 982 del Código Judicial, por lo cual el Juzgado dispone:

"Por la vía ejecutiva líbrase orden de pago a favor del doctor Alvaro Samper y en contra del señor Genia Douillet, ambos mayores y de esta vecindad, por la suma de un mil novecientos treinta pesos con veinte centavos ($ 1.930.20) moneda corriente, por concepto de la cláusula penal de que trata el documento de arrendamiento, y las demás partidas de dinero que aparecen en la demanda, y por las costas que se hubieren causado.

"Niégase el mandamiento de pago contra el señor Roberto Maquinay, por cuanto éste no ha sido requerido ni el documento ha obrado en juicio de lanzamiento.

"Notifíquese e intímese este auto al deudor en los términos del artículo 999 del Código Judicial".

No consta que la providencia transcrita le hubiese sido notificada al demandado; sin embargo, en vista de los oficios recibidos del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Juzgado, en providencia de 12 de febrero de 1963 (dice 1962), ordenó enviar, "previa desanotación, las presentes diligencias, en el estado en que se encuentran, a la honorable Corte Suprema de Justicia (Sala de Negocios Generales), para que se disponga lo conveniente sobre competencia.

"Asimismo agréguense a los autos copias de los oficios a que arriba se hace referencia y de la respuesta enviada por este Despacho al Ministerio de Relaciones Exteriores".

Los oficios del Ministerio de Relaciones Exteriores debieron agregarse originales, pero ya de que eso no se hizo, siquiera las copias debían venir autenticadas por el Secretario del Juzgado; sin embargo, no obstante tales irregularidades, se ordenó oír al Ministerio Público como lo dispone el artículo 422 del Código Judicial, quien hace consideraciones de fondo sobre el punto cuestionado, que no es dable estudiar y resolver en tal forma, por los motivos expuestos a continuación:

Según el artículo 415 del Código Judicial, "las competencias no se suscitan de oficio en los asuntos civiles, sino a instancia de parte legítima"; y de ninguna manera resulta "parte legítima" el "asesor jurídico" del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien, en el oficio de 12 de diciembre de 1962, dice: "Resulta entonces abiertamente ilegal el procedimiento judicial seguido contra el señor Douillet, y las medidas preventivas que dentro de él fueron tomadas. Por ese motivo, muy atentamente le ruego revisar la actuación y examinar el levantamiento inmediato del embargo decretado, así como la competencia en virtud de la cual usted entró a conocer del asunto".

El mismo "asesor jurídico" del Ministerio de Relaciones Exteriores, en oficio de 4 de febrero de 1963, se expresa así: "Como hasta el momento no he recibido respuesta a mi comunicación, ni el demandado ha sido notificado del desembargo de su cuenta corriente, muy atentamente le ruego dar a este asunto la importancia que tiene y hacerme saber su decisión sobre el particular.

"Como la Embajada de Bélgica ha protestado repetidas veces por la irregularidad del procedimiento que se adelanta contra un funcionario diplomático, sin que hasta ahora haya sido posible conocer los comentarios de usted, me veo en el penoso caso de comunicarle que solicitaré la intervención de la Procuraduría General de la Nación si este asunto no obtiene una pronta solución".

Obra también en copia el oficio de la Embajada de Bélgica dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores, en el cual pone en tela de juicio la existencia de una obligación civil a cargo del presunto ejecutado, Agregado Civil de la Embajada, pues allí se lee:

"El señor Samper reclamaba al señor Douillet las sumas de $ 158.50 por servicios y $ 171.70 por reparaciones, sumas que el señor Douillet se negó a pagar debido a que había llegado a un arreglo el 22 de abril de 1962 con el señor Samper, como se puede comprobar con la nota escrita de puño y letra del señor Samper, al pie del contrato de arrendamiento.

"El señor Douillet, convocado por el Juez número 11 Civil Municipal de Bogotá, presentó el contrato en mención donde consta la nota de paz y salvo firmada por el señor Samper, y alegó que no se creía obligado a pagar la suma citada toda vez que, de acuerdo con dicha nota, se encontraba completamente a paz y salvo con el señor Samper".

Desde luego, las razones o argumentos expuestos por la Embajada de Bélgica ante el Ministerio de Relaciones Exteriores bien pudo y puede el ejecutado, hacerlos valer ante el Juez del conocimiento, mediante la interposición de los recursos legales que tiene a su disposición, como el de reposición y apelación, para que tanto el propio Juez de primera instancia, como su superior inmediato, puedan estudiar la competencia para conocer de la obligación civil demandada al Agregado Civil de la Embajada de Bélgica, o bien provocar el incidente previsto en el artículo 456 del Código Judicial, si fuere el caso; y aun sin petición de parte, el Juez de primera instancia puede proceder en la forma prevista en el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial, en armonía con el numeral 3º del artículo 151 de la Constitución Nacional, en función con las disposiciones legales conducentes, como el Decreto número 3135 de 1956, siempre que los elementos de hecho estén probados en el proceso, como lo observa el procurador delegado en la parte final de su vista.

Por tanto, como en estas diligencias no ha intervenido parte legítima ni se han interpuesto los recursos legales por la vía regular, la Sala se abstiene de resolver sobre la competencia del Juez Municipal para conocer de la demanda ejecutiva; y, por tanto, ordena devolver el expediente al Juzgado de origen para los fines legales.

Por la Secretaría de la Sala, remítase copia auténtica de esta providencia al Ministerio de Relaciones Exteriores.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

Valor probatorio del trabajo de los expertos. — La prueba pericial nunca se impone mecánica y fatalmente al juzgador. — De que la tacha de error grave no sea reconocida no se sigue lógicamente que el dictamen esté debidamente fundamentado y que el juzgador deba acogerlo.

Ciertamente el dictamen de los peritos que fueron nombrados por las partes para determinar el monto líquido de los perjuicios sufridos por el demandante, fue impugnado por error grave por el señor Procurador Delegado. También es cierto que para comprobar dicho error grave el señor Procurador pidió la práctica de un dictamen pericial, y que luego desistió de ella. Es igualmente verdad que la Sala rechazó la aludida tacha de error grave; mejor dicho, declaró que no había lugar a proveer sobre una tal tacha por no haberse alegado en realidad un error de tal naturaleza. Pero nada de lo anterior puede tener la virtualidad de conferir valor a un dictamen que de suyo no lo tenga. Porque en ninguna parte ha condicionado la ley el valor de un dictamen a la circunstancia de que no sea objetado, o a la de que se haya desistido de la objeción que se le formulara, o a la de que ésta haya sido rechazada por el juzgador. Por el contrario, ha establecido expresamente en el artículo 721 del Código Judicial que el valor probatorio del trabajo de los expertos respecto a avalúos o a cualquier regulación en cifra numérica —y tal es el caso de autos— depende de su debida fundamentación. De manera que, como tántas veces ha indicado la Corte, la prueba pericial nunca se impone mecánica y fatalmente al juzgador; ella "no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del Juez".

Ni siquiera en el caso del artículo 722 del Código Judicial, que parecería admitir lo contrario, el Juez debe aceptar ciegamente el dictamen de los peritos. "El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial —ha dicho la Corte— no cohiben al Juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia dependen, no sólo del dictamen en sí mismo considerado, sino de los fundamentos de éste". (G. J., T. LVII, pág. 532).

Declarádose que un dictamen adolece de error grave en su fundamentación, o que fue el fruto de fuerza, dolo, cohecho o seducción, desaparece como prueba, y deben nombrarse nuevos peritos. Pero de que la tacha de error grave no sea reconocida no se sigue lógicamente que el dictamen esté debidamente fundamentado y que el juzgador deba acogerlo, ya que los hechos objetivos en que se funda pueden ser ciertos, pero las inferencias equivocadas, y ya se dijo que sobre éstas debe ejercer el juzgador su facultad de crítica.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 29 de mayo de 1963.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

En auto de 13 de febrero del cursante año la Sala puso término al incidente sobre regulación de los perjuicios reconocidos a favor del señor Fernando Mosquera y a cargo de la Nación en sentencia de 22 de julio de 1959. En dicho auto no se acogió la totalidad del dictamen de los peritos que fueron llamados a fijar el importe líquido de dichos perjuicios, los que quedaron determinados en la suma de $ 158.499.00 moneda corriente, más los intereses al 6% anual a partir del 28 de mayo de 1952. Contra tal proveído interpuso recurso de reposición el señor apoderado del demandante Mosquera en memorial, cuyo párrafo final es del siguiente tenor:

"*Petición*. Pido que se reponga la providencia recurrida, y que en cambio se declare que por la mecánica procesal de la tacha del dictamen pericial, de la solicitud y decreto de la prueba pericial, por el desistimiento de ésta y por el fallo en contra de la tacha en que se declaró no fundada la causal de error grave, se declare que vale en su totalidad el dictamen pericial de los ingenieros Córdoba Torres, nombrado por el señor Procurador, y Barbosa, nombrado por mí, y que, en consecuencia, se condena a la Nación a pagar las prestaciones señaladas en aquel inquebrantable dictamen pericial".

Al descorrer el traslado del aludido memorial de reposición expresó el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil:

"... Este auto recurrido debe mantenerse, ya que en el largo escrito del mencionado señor apoderado, en las historias de asuntos personales que refiere, en las censuras a la actitud de la honorable Corte, que ha sido ceñida a la más estricta justicia de aplicación del principio de Celso de *jus suum cuique tribuere*, nada nuevo del punto de vista jurídico agrega que pueda dar pie para una revocatoria o reforma del auto objeto del recurso...".

Como bien anota el señor Procurador, el apoderado de Mosquera abunda en su memorial en consideraciones que no tienen atinencia con la fundamentación del fallo, algunas de una inexactitud protuberante, como la que hace respecto a una supuesta falta de motivación en las decisiones de la Sala.

Concretándose ésta a las apreciaciones del recurrente, que pueden ser estimadas como fundamentos de su recurso, y que en realidad son las que expuso en el último párrafo de su memorial, arriba transcrito, se considera:

Ciertamente el dictamen de los peritos que fueron nombrados por las partes para determinar el monto líquido de los perjuicios sufridos por Mosquera, fue impugnado por error grave por el señor Procurador Delegado. También es cierto que para comprobar dicho error grave el señor Procurador pidió la práctica de un dictamen pericial, y que luego desistió de ella. Es igualmente verdad que la Sala rechazó la aludida tacha de error grave; mejor dicho, declaró que no había lugar a proveer sobre una tal tacha por no haberse alegado en realidad un error de tal naturaleza. Pero nada de lo anterior puede tener la virtualidad de conferir valor a un dictamen que de suyo no lo tenga. Porque en ninguna parte ha condicionado la ley el valor de un dictamen a la circunstancia de que no sea objetado, o a la de que se haya desistido de la objeción que se le formulara, o a la de que ésta haya sido rechazada por el juzgador. Por el contrario, ha establecido expresamente en el artículo 721 del Código Judicial que el valor probatorio del trabajo de los expertos respecto a avalúos o a cualquier regulación en cifra numérica —y tal es el caso de autos— depende de su debida fundamentación. De manera que, como tántas veces ha indicado la Corte, la prueba pericial nunca se impone mecánica y fatalmente al juzgador; ella "no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del Juez". Ni siquiera en el caso del artículo 722 del Código Judicial, que parecería admitir lo contrario, el Juez debe aceptar ciegamente el dictamen de los peritos. "El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial —ha dicho la Corte— no cohiben al Juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia dependen no sólo del dictamen en sí mismo considerado, sino de los fundamentos de éste". (G. J., T. LVII, pág. 532).

Declarádose que un dictamen adolece de error grave en su fundamentación, o que fue el fruto de fuerza, dolo, cohecho o seducción, desaparece como prueba y deben nombrarse nuevos peritos. Pero de que la tacha de error grave no sea reconocida no se sigue lógicamente que el dictamen esté debidamente fundamentado y que el juzgador deba acogerlo, ya que los hechos objetivos en que se funda pueden ser ciertos, pero las inferencias equivocadas, y ya se dijo que sobre éstas debe ejercer el juzgador su facultad de crítica.

Los peritos fueron llamados a calcular el valor que el equipo de Mosquera tenía en la fecha de su apropiación por el Gobierno (28 de mayo de 1952), y como tal señalaron la suma de $ 541.808.16. ¿Cuáles fueron los fundamentos de esta conclusión? Como base primaria tomaron el precio que a las máquinas se les dio en el contrato de prenda, tal como se indicó en la sentencia, y sobre ese precio calcularon depreciación, de conformidad con criterio que la Sala aceptó por encontrarlo razonable y que, por lo demás, no fue objetado por el personero de la parte demandada. Pero antes de entrar al cómputo de la depreciación convirtieron a dólares el valor de las máquinas a la rata de cambio de 1.96, vigente en octubre de 1950, cuando se hizo la pignoración. Luego agregaron sumas por "supervisión, dirección y utilidad", y la adición total la re-

convirtieron a pesos, a la rata de 6.70 vigente a la fecha de la peritación, octubre de 1960.

Ante todo cabe anotar que al tener en cuenta gastos de "supervisión, dirección y utilidad", los peritos excedieron su cometido, pues el lucro cesante había quedado determinado en la sentencia en el 6% anual del valor del equipo.

De otra parte, ninguna justificación puede tener esa doble conversión del precio de las maquinarias, primero a dólares y luego a pesos, a un cambio superior. La devaluación del peso nacional respecto a las monedas extranjeras no puede ser tenida en cuenta, por sí sola, en la determinación del monto de una obligación nacida en aquella moneda, pues ello equivaldría a desconocer la realidad legal de ser el peso la moneda oficial del país con poder liberatorio indefinido, con lo que se introduciría la inseguridad y el caos en el mundo de los intercambios económicos. Si por la arbitraria apropiación de la maquinaria que le pignoró Mosquera, la Nación contrajo la obligación de pagar su valor el día de la apropiación, y si, por lo demás, la maquinaria había sido avaluada en pesos colombianos en el contrato de prenda, no se ve cómo pueda justificarse la conversión de dicho valor a moneda americana.

Cosa distinta habría sido el que por haberse operado en el mercado nacional un aumento en los precios de máquinas como las de que se apropió el Gobierno, hubiera habido que reconocer un aumento al valor de dichas máquinas. Pero ese aumento habría tenido que ser real y aparecer debidamente comprobado, para que los peritos hubieran podido tenerlo en cuenta como base de su peritación; pero ya se vio cómo el único sustento que le dieron a su avalúo fue el alza en la cotización del dólar respecto al peso. Incidentalmente, para tratar de corroborar la justeza de sus conclusiones, aluden los peritos a precios de máquinas que obtuvieron en forma privada, y afirman que sus conclusiones quedaron por debajo de las que habrían sacado de haberse atenido a esos precios. Pero cabe anotar, en primer lugar, que los precios que consultaron no corresponden al 28 de mayo de 1952, que era la fecha a la cual debían referir el avalúo, sino al año de 1960, que ningún papel juega en el cálculo. En segundo lugar, que no son de modelos iguales a los quitados al demandante, sino apenas semejantes, y por último, que son precios de máquinas nuevas y las que debían avaluar eran máquinas usadas, a las cuales ellos tuvieron que calcular depreciación.

En el auto recurrido se negó que los peritos hubieran podido tener en cuenta un aumento de valor de las máquinas; pero estudiando con mayor detenimiento los correspondientes pasajes de la parte motiva de la sentencia se ve que no fue eso exactamente lo que allá se afirmó. En todo caso, el aumento de valor que habría podido computarse a las máquinas de Mosquera no apareció plenamente establecido, como acaba de demostrarse, y el que calcularon los peritos, sobre la única base de la depreciación del peso colombiano respecto del dólar, es del todo inaceptable, según se indicó.

No hay motivos, pues, para revocar el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase la providencia objeto del recurso de reposición.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y archívese el expediente.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS.—IDENTIFICACION O UBICACION DE LOS TERRENOS MERCEDADOS. INSPECCION OCULAR. DICTAMEN PERICIAL

1. La inspección ocular y el dictamen pericial en esta clase de procesos juegan un papel decisivo, porque se relacionan con la identificación de los predios descritos en los títulos antiguos, para luego establecer que dentro de ellos están comprendidos los actuales de la parte opositora, en orden a la propiedad privada del subsuelo petrolífero, cuya exclusión demanda.

2. Como puede verse, en la diligencia de inspección ocular, decretada para la identificación de los inmuebles, objeto del litigio, no se intentó siquiera la ubicación de los globos de terreno enumerados o citados en las mercedes allegadas con el fin de demostrar que el predio "La Estancia" salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873; de manera, pues, que el posterior trabajo de los peritos carece de una base real, porque primero se imponía ubicar o localizar en el terreno las mercedes, según su cabida y en función de los puntos de referencia, también debidamente identificados, para después trasladarlas a un plano o mapa; pero si se procede en forma inversa, dibujando la estancia sobre el mapa, el concepto o dictamen de los expertos resulta del todo inoperante, porque carece de una base geográfica real y cierta, para fundar toda identificación en meras conjeturas e hipótesis de los peritos que no pueden admitirse como prueba concluyente.

Además, de acuerdo con el testimonio dejado en el acta de la inspección ocular, los puntos sobre los cuales se interrogó a los testigos no fueron objeto de una identificación sobre el terreno, para que pudieran servir de referencia al posterior trabajo de los peritos, que se limitaron a señalarlos o ubicarlos, en forma aproximada o hipotética, en la carta del Instituto Geográfico Militar y Catastral.

3. Como se puede deducir de la transcripción hecha, los puntos de referencia no fueron ubicados sobre el terreno, sino que simplemente se dibujaron las mercedes sobre el mapa, en relación con los allí inscritos o indicados, pero sin haber antes demostrado la identidad con los mencionados en el título antiguo; de ahí que, como bien lo advierten los ingenieros, la localización no es sino muy probable, cuando más, obrando con un criterio sumamente amplio, porque, estrictamente, el dibujo del polígono que abarca las mercedes, trazado en el mapa, quizá no sea ni siquiera aproximado a la realidad geográfica del inmueble, ya que la mensura de aquéllas debía hacerse siguiendo las sinuosidades del terreno, lo cual modifica su cabida o área en forma tan apreciable o sustancial que no podría sostenerse con fundamento razonable, que el predio de la demandante quedase dentro de las mercedes así ubicadas o medidas sobre el terreno, aun en el supuesto de la exactitud de los puntos de referencia, que no fueron identificados o determinados en la diligencia de inspección ocular.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de María Cecilia Correa Correa se opuso a la propuesta de contrato número 869, hecha por la Texas Petroleum Company, para que, previa la tramitación de un juicio ordinario de única instancia se hicieran, en síntesis, las siguientes declaraciones en la sentencia definitiva:

Primera. Que el predio denominado "La Estancia", ubicado en el Municipio de Tenjo y por las lindes señaladas en el hecho primero de la demanda, "salió del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de títulos emanados del Estado...", o en subsidio, si los títulos presentados no fueren suficientes, "... en virtud de justa prescripción por explotación económica de esas tierras".

"Segunda. Que, como consecuencia de la anterior declaración, el subsuelo petrolífero del citado inmueble es de propiedad privada de la

actora, que podrá explotarlo como tal; pero no así la compañía proponente Texas Petroleum Company, cuyo contrato con la Nación, en caso de haberse celebrado, se declarará inoperante o ineficaz".

Los hechos los enumeró en la siguiente forma:

"1. Mi poderdante, la señorita María Cecilia Correa Correa, es actualmente propietaria y poseedora material e inscrita del predio rural denominado 'La Estancia', situado en el Municipio de Tenjo, Departamento de Cundinamarca, circunscrito por los siguientes linderos: 'Por el Norte, con terreno de Antonio J. Duarte, hoy de Zoilo Correa G., cerca de alambre de por medio; por el Oriente, con la hacienda de 'Meridor', río Chicú al medio, de propiedad de la señora Evangelina viuda de Pombo; por el Sur, con el camino que de Tenjo conduce a Funza, y por el Occidente, con terrenos de herederos de Eliécer Pulido G., terrenos de Maximiliano y Crisóstomo Castañeda, camino de por medio' ".

2. En este hecho afirma que el Gobierno aceptó la propuesta de la Texas Petroleum Company distinguida con el número 869, mediante Resolución número 347 de 8 de abril de 1958, la cual comprende un área de 49.996 hectáreas, circunscritas por las lindes descritas e insertas en el "Diario Oficial" número 29776.

3. Afirma en este hecho que la actora "es propietaria y actual poseedora, material e inscrita, del inmueble a que se refiere el hecho primero, por virtud de títulos escriturarios que presentaré para que sean tenidos como pruebas en el juicio, y que son los siguientes...", entre los cuales cita la escritura número 4162 de 28 de junio de 1954; número 1969 de 28 de marzo de 1954; y número 3380 de 8 de julio de 1959, todas de la Notaría 2ª de Bogotá.

"4. La tradición del dominio del globo de terreno de que trata el hecho primero de esta demanda, que he descrito antes, por un tiempo que excede al período de la prescripción extraordinaria, se remonta hasta fecha anterior al 28 de octubre de 1873.

"5. El terreno de mi poderdante, tal como se delimita en el hecho primero de esta demanda, salió del patrimonio del Estado, en mayor extensión, por virtud de varios títulos que estableceré oportunamente en el juicio.

"6. Los títulos anteriores al 28 de octubre de 1873, por virtud de los cuales el terreno delimitado en el hecho primero de esta demanda salió del patrimonio nacional, conservan su eficacia legal porque no ha incurrido ninguna de las condiciones resolutorias que en ellos pudieran considerarse implícitas.

"7. Dentro de los terrenos que salieron legalmente del patrimonio del Estado, por virtud de los títulos a que se refiere el hecho quinto de esta demanda, se encuentran comprendidos los terrenos de mi poderdante tal como se delimita en el hecho primero de esta demanda.

"8. Los terrenos de mi poderdante han estado poseídos materialmente por particulares por largo tiempo con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sin oposición de nadie y en forma quieta, pacífica y tranquila.

"9. El globo de terreno mencionado, tal como se delimita en el hecho primero, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de mi poderdante, está comprendido dentro del área de la propuesta número 869 (Tabio) de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a él.

"10. El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo pertenecen a la señorita María Cecilia Correa Correa, está claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno".

En derecho invocó los artículos 5º, 34, 36, 180 del Código de Petróleos; las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, las leyes españolas, el Código de Indias, las Cédulas Reales, la Ley de 13 de octubre de 1821; 70 de 1886; C. F. de 1873, etc.

Con la demanda, además del poder, el representante judicial de la actora presentó un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, sobre el predio "La Estancia"; un ejemplar del "Diario Oficial" en el cual se publicó la propuesta; certificado del Ministerio de Minas y Petróleos; sendas copias de las escrituras atrás mencionadas y de "la merced a favor del marqués Felipe de Santa Cruz, tomada del Tomo 53 de 'Tierras de Cundinamarca' ".

Admitida la demanda, el Procurador 2º Delegado en lo Civil la contestó así:

"Manifiesto que me opongo a que se hagan las declaraciones incoadas, porque no hallo que ellas tengan validez legal, ni se apoyen en hechos pertinentes debidamente comprobados. Niego en términos generales estos hechos (primero a décimo) para que se comprueben; y respecto de aquellos 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 a la actora. Los documentos que allegó con la demanda tengan el valor legal que les corresponde".

Recibida la causa a prueba, se decretaron y practicaron las solicitadas por la parte demandante, entre las cuales se halla la inspección ocular y el dictamen pericial, que en esta clase de procesos juegan un papel decisivo, porque se relacionan con la identificación de los predios descritos en los títulos antiguos, para luego establecer que dentro de ellos están comprendidos los actuales de la parte opositora, en orden a la propiedad privada del subsuelo petrolífero, cuya exclusión demanda.

En el memorial de pruebas, el apoderado solicitó una inspección ocular, con la intervención de peritos, con el objeto de identificar, sobre el terreno y en relación con los títulos presentados, el predio nominado "La Estancia"; y hecho esto, se establezca si "es el mismo o parte de los terrenos que salieron del patrimonio del Estado colombiano con anterioridad al 28 de octubre de 1873...".

El Juez Décimo Civil del Circuito de Bogotá, comisionado por esta Sala, llevó a efecto la inspección ocular, con la asistencia de los peritos designados, el día 9 de marzo de 1962, para cuyo fin se trasladó al Municipio de Tenjo, "precisamente a la vereda de Guangatá, en donde se halla ubicada la finca rural denominada 'La Estancia' ".

El apoderado de la parte actora, dentro de la diligencia, solicitó que se recibiera declaración jurada a los testigos Nemesio Nemocón y Nemesio Casallas para que dijeran a quién pertenecía el predio "La Estancia", indicaran el nombre de los colindantes y "si han oído hablar de los siguientes puntos geográficos: Cota, Punta de Cota, Tenjo, Chitasugá, Tibaguyes, Churguaco, La Isla, Churuacá, nombres todos éstos que obran en los documentos del negocio de la referencia".

También solicitó, el mismo apoderado, que los peritos emitieran concepto sobre "si la finca denominada 'La Estancia' se halla cobijada por la propuesta hecha por la Texas Petroleum Company", cuestión que, según el decir del Procurador Delegado en lo Civil, resultaba inadmisible en virtud de no haberse hecho en tiempo hábil; sin embargo, el Juez comisionado resolvió que los expertos dieran su concepto, para que en la sentencia se estimara su mérito probatorio.

Resuelta esta cuestión accidental, el Juez en asocio de los peritos procedió a identificar el predio "La Estancia", para lo cual verificaron, sobre el terreno, la exactitud de las lindes descritas en los títulos e insertas en la demanda, quedando así establecida la realidad geográfica del mencionado predio.

Los testigos Nemocón y Casallas, en cuanto a los puntos geográficos enumerados en la pregunta tercera y antes indicados, manifestaron que los conocían, a excepción del nombrado Churuacá, que "nada me recuerda; no sé qué significa", según palabras textuales.

Al terminar el acta, se dejó el siguiente testimonio: "A petición del señor vocero de la Procuraduría, el Juzgado deja constancia que los puntos geográficos que aparecen relacionados en el numeral tercero del interrogatorio correspondiente a los señores testigos no fueron recorridos, ni localizados por el personal de la diligencia".

Como puede verse, en la diligencia de inspección ocular, decretada para la identificación de los inmuebles, objeto del litigio, no se intentó siquiera la ubicación de los globos de terreno enumerados o citados en las mercedes allegadas, con el fin de demostrar que el predio "La Estancia" salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873; de manera, pues, que el posterior trabajo de los peritos carece de una base real, porque primero se imponía ubicar o localizar en el terreno las mercedes, según su cabida y en función a los puntos de referencia, también debidamente identificados, para después trasladarlas a un plano o mapa; pero si se procede en forma inversa, dibujando la estancia sobre el mapa, el concepto o dictamen de los expertos resulta del todo inoperante, porque carece de una base geográfica real y cierta, para fundar toda identificación en meras conjeturas e hipótesis de los peritos que no pueden admitirse como prueba concluyente.

Además, de acuerdo con el testimonio dejado en el acta de la inspección ocular, los puntos sobre los cuales se interrogó a los testigos no fueron objeto de una identificación sobre el terreno, para que pudieran servir de referencia al posterior trabajo de los peritos, que se limitaron a señalarlos o ubicarlos, en forma aproximada o hipotética, en la carta del Instituto Geográfico Militar y Catastral, como podrá apreciarse en las transcripciones del concepto de los ingenieros que intervinieron en la diligencia.

Como la incertidumbre de las lindes de las mercedes es manifiesta, la parte actora no pudo determinar con exactitud cuál de ellas comprendía el predio "La Estancia"; de ahí que hubiese solicitado copia de las siguientes: de la merced adjudicada a Francisco Tordehumos y Juan de Chinchilla, posiblemente confirmada en el año de 1570; de la expedida en favor de María Santiago, mujer de Francisco Tordehumos, en el año de 1588; de la concedida a Juan de Poveda Medina; y en fin, copia de la escritura de compraventa de Juan Clemente Chaves a Felipe de Santa Cruz, con la confirmación del título por haberse extraviado el primitivo.

Sobre la primera merced citada, los peritos exponen:

"En las cartas, a escala 1:25.000 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, que acompañan este dictamen, hemos hecho la localización que consideramos más aproximada de la merced concedida a Francisco Tordehumos. Para ello hemos tenido en cuenta los datos que da *Juan Fuente* (cuaderno 2, pág. 7) sobre las dichas dimensiones de *una estancia para ganados,* 'seis mil pasos de frente y largo', y el valor del *paso,* según informa el mismo Fuente: 'el paso era una vara menos cuatro dedos'. De acuerdo con este dato, lo hemos estimado en 72 centímetros.

"La localización de la merced de Tordehumos aparece en las cartas que acompañan nuestro dictamen, señalada con el cuadrado ABCD, en *lápiz azul*".

Después de explicar cómo localizaron, o mejor, dibujaron la merced sobre la carta, concluyen: "Basta mirar esta localización, para poder afirmar que 'La Estancia' —que hemos localizado en forma aproximada siguiendo los linderos encontrados en la diligencia de inspección ocular y que está señalada en *tinta azul y rayada— no está* comprendida dentro de la merced concedida a Francisco Tordehumos en el año de 1570".

Respecto de la merced concedida a María de Santiago, en el año de 1588, los peritos exponen:

"En el cuaderno 2, pág. 8 y vuelto, se encuentra lo siguiente: 'En este Cabildo se vido una petición que en días atrás se presentó por parte de doña *María Santiago,* mujer de Francisco Tordehumos, vecino de esta ciudad, por lo cual pide se le haga merced de *una estancia de ganado mayor,* la cual se puede proveer entre las tierras de *Cota, Tenjo, Chitasugá y Churguaco,* atento a que de ello tenía necesidad para el sustento de su persona, que pedía se le hiciese merced en lo que llaman *La Isla,* entre los dos *arroyos que bajan de Tabio y Tenjo* en aquel valle'. Esto es con fecha tres de diciembre de 1588.

"Al tratar de localizar esta merced surge una duda: se habla de los arroyos que bajan de Tabio y Tenjo. Parece claro que el primero sea el *río Chicú,* pero del lado de Tenjo bajan dos: la quebrada del *Palmar* y la quebrada *Tiguasé.* Escogimos *la primera* como la más probable, porque al trazar, partiendo del punto G, un cuadrado de 6.000 pasos de lado, o sea una estancia, quedaban incluídos dentro de ella los puntos citados en la merced, como *La Isla, Chitasugá, Churguaco.* Hemos marcado esta merced con *lápiz rojo,* en *trazo continuo:* es el cuadrado EFGH.

"También, tomando como punto de partida la otra quebrada, la de *Tiguasé,* hemos trazado en *lápiz rojo, en línea de segmentos,* la otra interpretación de esta merced o estancia: es el cuadrado E'F'G'H'.

"Desde luego, la primera interpretación parece la más aceptable, pues además de abarcar los terrenos citados en la petición, no comprende, como la segunda, terrenos quebrados.

"No podemos afirmar que estas localizaciones de la merced concedida a María de Santiago sean matemáticamente exactas, dada la poca precisión de los linderos que la formaron, pero sí las consideramos como muy probables, especialmente la primera. Si esta merced fue adjudicada en la forma que hemos creído, se ve que 'La Estancia' cabe ampliamente dentro de ella".

Presentó la parte actora copia de la escritura otorgada ante el escribano de Santafé el 2 de octubre de 1625, en virtud de la cual "yo Juan Clemente de Chaves, vecino y Alférez Mayor de esta ciudad de Santafé, heredero que soy de doña María de Santiago, mi tía, vecina que fue de esta dicha ciudad, con beneficio e inventario otorgo por mí y mis herederos que vendo a Felipe de Santa Cruz, que está presente, un pedazo de tierra que la dicha doña María de Santiago tuvo y poseyó por suyo, y yo lo he tenido y poseído como tal su heredero, y es detrás de la sierra de Cota, y de presente lo tengo arrendado a don Alonso, cacique del pueblo de Cota, y linda *por una parte con tierras que posee la Compañía de Jesús, y fueron de Juan Chinchilla,* y por otra parte con tierras de los herederos de los herederos de Gonzalo de Martos, que fueron de Juan de Vera, y se lo vendo con todo (lo) que pertenece de entradas y salidas, usos y costumbres, y por libre de censo, empeño ni hipoteca, y por precio de cuatrocientos pesos de plata corriente".

Al final de la escritura se halla esta aclaración o adición: "Y se declara que el pedazo de tierra de esta venta pidió por merced al señor y Gobernador de este Reino por decir estaba vaco. E yo el dicho Alférez Mayor Juan Clemente de Chaves, lo contradije alegando haber sido de la dicha doña María de Santiago por la posesión tan antigua que de ello había tenido, sin embargo, de que no he hallado título, y mediante esta escritura que hemos hecho me desisto de la dicha contradicción, para que en virtud de lo contenido en esta dicha escritura pueda sacar título de la dicha tierra sin que sea visto por ello acrecerle derecho alguno".

El 3 de octubre de 1625, ante el Alcalde ordinario Pedro Bravo, compareció el comprador Felipe de Santa Cruz, con el objeto de que se ordenara darle posesión material del predio ad-

quirido, como así lo hizo el escribano Juan Sánchez el día seis del mes y año citados; pero en una forma puramente rutinaria y formalista, porque, sin indicar lindes de *ninguna* especie, se llevó a efecto así: "Estando en el campo, tierras de Cota, jurisdicción de la ciudad de Santafé, en un sitio donde dijeron que doña María de Santiago, viuda, tuvo poblada una estancia, y en ellas al presente el cacique de Cota tiene un corral de ganado mayor y unos buhíos redondos, con consentimiento de Juan Clemente de Chaves, Alférez Mayor, a seis días del mes de octubre de mil seiscientos y veinte y cinco años, Felipe de Santa Cruz, vecino de la ciudad de Santafé, pidió y requirió a mí, el escribano, que en virtud de la comisión de esta otra parte le meta y ampare en la posesión de la dicha estancia de tierra, en cuya conformidad tomé por la mano al sudodicho y le metí en la posesión de las dichas tierras, el cual la tomó y se paseó por ellas, y arrancó yerbas y las echó de unas partes a otras, hizo otros muchos actos de posesión y metió luego en ellas veinte reses vacunas con su hierro y señal, y algunas yeguas, todo lo cual dijo que hacía e hizo en posesión y por posesión con ánimo e intención de gozar de ellas como de cosa suya...".

El 7 de abril de 1626 el Presidente Juan de Borja hizo merced, no a Felipe de Santa Cruz, sino "a vos el dicho Felipe Sánchez de Toledo, *de una estancia de ganado mayor de las dos que pedís* debajo de los límites y linderos contenidos y declarados en vuestro pedimento, y en conformidad del dicho parecer de diligencias y cartas de venta suso incorporada, para que la tengáis, gocéis y poseáis como cosa vuestra propia, sin perjuicio del derecho real y del de otro tercero que mejor lo tenga, y con que cuando se trate de composición acudáis a ella y pobléis la dicha estancia dentro de seis meses, y no la vendáis sin mi licencia";

Esta merced, posiblemente, se refiera a la que fue de María de Santiago, vendida por Juan Clemente de Chaves y Felipe de Santacruz, pero tampoco se identificaron las lindes descritas en la escritura de compraventa, para que así hubiese quedado, a su turno, ubicada la merced de ganado mayor concedida por el Presidente Juan de Borja; y, en consecuencia, tampoco puédese afirmar que el predio "La Estancia" está dentro del área de la dicha adjudicación.

Debe anotarse que los peritos, respecto a la merced de María de Santiago, dieron dos versiones o ubicaciones, como puede verse en los dibujos hechos en la carta del Instituto Geográfico, aun cuando en ambas hipótesis el predio objeto del litigio quedaría dentro de los cuadrados trazados sobre el dicho mapa.

Respecto de la última merced invocada por la demandante, los peritos se expresan así: "En el cuaderno 1, pág. 17 y vuelto, *Felipe de Santa Cruz* pide: 'cuatro estancias de ganado mayor y dos de pan y ganado menor, en tierras de *Guangatá, Tenjo y Churuaco,* y poblaciones viejas de los indios de *Cota,* detrás de la *Sierra* de Cota, en donde al presente tengo una estancia de ganado mayor, la cual hube y compré de *Juan Clemente de Chaves,* Alférez Real que fue de esta ciudad de Santafé, lindando por una parte con estancias que fueron de Juan de Chinchilla, y hoy poseen los Padres de la Compañía de Jesús, *corriendo toda la sierra de Cota adelante* hasta el hato de *Juan de Poveda Medina,* que es en tierras de Guangatá; y por la otra parte con estancias que fueron de Elvira Moyano, corriendo toda la quebrada de Chique (debe ser Chicú), abajo de una y otra parte de la dicha quebrada y resguardo del pueblo de Tenjo, y por la otra parte con estancias que fueron de Juan de Montalvo, que llaman *El Hornillo,* estancias que fueron del Capitán Pedro de Herrera; y por otra parte el hato de doña Margarita de Martos y estancias que fueron del Dean de esta ciudad, que la cual fue poblada con un hato de vacas junto a la quebrada de *Chique,* y en un sitio en donde doña *María de Santiago* fundó un hato de vacas, que al presente está despoblado, y en toda la sierra corriendo aguas vertientes al río de *Chique,* de la una y otra parte de la dicha quebrada y en *todo el llano,* y las dichas 4 estancias de ganado mayor y otras dos de pan y ganado menor, pido debajo de los dichos linderos y en *toda la redondez* de la dicha estancia que hube y compré del Alférez *Juan Clemente de Chaves'.* En síntesis, Felipe de Santa Cruz pide 4 estancias de ganado mayor y dos de pan, rodeando la estancia que le había comprado a Juan Clemente de Chaves, heredero, como ya se dijo, de María de Santiago.

"Al tratar de localizar esta merced concedida a Santa Cruz en el año de 1631, encontramos varios puntos o regiones, arcifinios, y cuyos nombres subsisten: *Vereda Juan Poveda, El Hornillo, el río Chicú* o Chique y la misma vereda Santa Cruz, puntos éstos que hemos señalado con *lápiz rojo.* Santa Cruz pidió 4 estancias de ganado mayor y dos de pan. De acuerdo con los datos anteriormente citados de *Juan Fuentes,* medidor (cuaderno 2, pág. 7), la estancia de ganado mayor tenía 6.000 pasos en cuadro, o sea que con el paso de 72 centímetros, cada lado de la estancia tenía 4.320 metros, lo cual da una superficie

para cada estancia de 1.866 hectáreas, y para las 4 estancias de ganado mayor daría 7.464 hectáreas. Las de pan, tenían 1.600 pasos por 800, lo cual da para las dos aproximadamente 132 hectáreas. Por tanto, la merced concedida, abarcó, en números redondos, 7.596 hectáreas.

"Siguiendo los linderos arcifinios ya citados, como *Cordillera de Cota, Vereda Juan Poveda, El Hornillo,* hemos localizado la forma *más probable* de esta merced que *rodeaba,* la concedida a *María de Santiago,* según lo pedía Santa Cruz. Así, por ejemplo, la línea quebrada *AJ* sigue *'toda la sierra de Cota'* hasta la vereda *Poveda*; la línea *IC* pasa muy cerca de *El Hornillo.* Por el lado sur la hemos dejado lindando con la que se le había concedido ya a Tordehumos y que, desde luego, no debiera formar parte de una merced. En esta forma hemos obtenido la figura irregular *ADCIJA* con una superficie aproximada de 7.596 hectáreas. Está señalada con *pequeñas rayas verdes.*

"Como en el caso anterior, tampoco podemos decir que esta localización sea matemáticamente exacta, pero sí *muy* probable, y que la merced de gran extensión concedida a Santa Cruz abarcó la que le había sido concedida a *María de Santiago.* Si esta localización se acepta, es claro que 'La Estancia' está comprendida dentro de la merced citada" (fs. 30 a 31, C. No. 2º).

Como se puede deducir de la transcripción hecha, los puntos de referencia no fueron ubicados sobre el terreno, sino que simplemente se dibujaron las mercedes sobre el mapa, en relación con los allí inscritos o indicados, pero sin haber antes demostrado la identidad con los mencionados en el título antiguo; de ahí que, como bien lo advierten los ingenieros, la localización no es sino muy probable, cuando más, obrando con un criterio sumamente amplio, porque, estrictamente, el dibujo del polígono que abarca las mercedes, trazado en el mapa, quizá no sea ni siquiera aproximado a la realidad geográfica del inmueble, ya que la mensura de aquéllas debía hacerse siguiendo las sinuosidades del terreno, lo cual modifica su cabida o área en forma tan apreciable o sustancial que no podría sostenerse con fundamento razonable, que el predio "La Estancia" quedase dentro de las mercedes así ubicadas o medidas sobre el terreno, aun en el supuesto de la exactitud de los puntos de referencia, que no fueron identificados o determinados en la diligencia de inspección ocular.

Por fin, debe tenerse en cuenta que la equivalencia de medidas se dio por Juan Fuentes en el año de 1807, difícilmente podían considerarse como exactas para el año de 1570 o en el de 1638.

Ya en los juicios promovidos por la misma actora contra la Nación, en relación con los predios "El Moro", "Poveda" y "El Cerezo", en los cuales se aducían las mismas mercedes o títulos, no se pudo identificar, sobre el terreno, el área adjudicada a los beneficiarios, situación que en el presente litigio no ha mejorado.

En consecuencia, faltando la identificación o ubicación de la extensión territorial comprendida en las mercedes, tampoco se puede concluír que el fundo "La Estancia" está dentro de las lindes de aquéllas.

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 en el juicio de oposición propuesto por María Cecilia Correa Correa respecto del predio "La Estancia", con ocasión de la propuesta de contrato número 869 formulada por la Texas Petroleum Company.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial,* remítase copia auténtica de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos, y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Los Magistrados:

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CON FUNDAMENTO EN LA EQUIDAD NATURAL

1. Preceptúa el artículo 2341 del Código Civil: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga o por la culpa o el delito cometido".

Para que a tenor de este artículo resulte comprometida la responsabilidad de una persona —natural o jurídica— se requiere, como bien es sabido, que haya cometido una culpa ("lato sensu"), y que de ésta sobrevengan perjuicios al reclamante. O sea, la concurrencia de los tres elementos que la doctrina predominante ha sistematizado bajo los rubros de culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste. Algunos autores abogan por la supresión de este último elemento, pero examinadas sus razones al respecto se observa que a lo que ellas tienden es más bien a hacer hincapié en la calidad de directo que debe tener el daño indemnizable, y no a prescindir de todo vínculo de causalidad entre la culpa y éste, lo que, por demás, no podría sostenerse em sana lógica.

2. Lo que sí puede admitirse es que el accidente le ocurrió al demandante estando trabajando en el despejo de la carretera, y que había tomado parte en esa peligrosa labor por insinuación o requerimiento del Alcalde. Ahora bien, si el demandante hubiera concurrido a tal tarea porque hubiera mediado un relación de trabajo, sin duda alguna las consecuencias del accidente no se habrían quedado sin indemnización, pues a lo menos habría recibido las que reconoce la legislación laboral para tales casos. Mas sería contrario a toda noción de equidad el que por el simple hecho de no haber tenido un móvil utilitario sino el desinteresado o altruísta de cooperar en una labor en beneficio de la comunidad, ante el requerimiento o insinuación del Alcalde, quedara desprovisto de toda protección en cuanto a las resultas del accidente que en ese trabajo le sobrevino.

Se impone, en consecuencia, reconocer al demandante la indemnización de los perjuicios que recibió. El artículo 5º de la Ley 153 de 1887 autoriza esta solución, ya que establece que la equidad natural y la doctrina constitucional deben presidir la labor de la aplicación de la ley. Según el artículo 17 de la Carta, el trabajo debe gozar de la especial protección del Estado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 10 de junio de 1963.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

El señor Ernesto Sanabria Rojas, vecino de Pachavita, demandó, por medio de apoderado, al Departamento de Boyacá ante el Tribunal Superior de Tunja, impetrando las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que el Departamento de Boyacá es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a mi mandante por los hechos relacionados en el presente libelo".

"*Segunda.* Que en tal virtud, el mismo Departamento de Boyacá debe pagar a mi mandante, señor Ernesto Sanabria Rojas, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga término al juicio, el valor de los perjuicios materiales causados al mismo, que estimo en la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) moneda corriente, y la suma que por tal concepto se fije pericialmente, dentro del proceso, o en la forma como indica el artículo 553 del Código Judicial".

"*Tercera.* Que la misma entidad departamental debe ser condenada a pagar a mi mandante indicado los perjuicios morales causados, no sólo a éste sino a su esposa e hijos, de toda clase".

Fundamentó tales pedimentos en los siguientes hechos:

"1º El señor Alcalde designado por el Gobernador del Departamento para el Municipio de Pachavita, señor Faustino Huertas Vargas, por Decreto del diez y siete (17) de diciembre de

mil novecientos cincuenta y ocho (1958), el día quince de septiembre de 1959, como a las siete de la mañana, más o menos, notificó y obligó a mi mandante, señor Ernesto Sanabria Rojas, para ir a destapar, con otras personas, un derrumbe de tierra y piedra ocurrido en la carretera departamental que conecta la población de Pachavita con la carretera central que conduce a Tunja desde la ciudad de Guateque, pasando por las poblaciones de Garagoa, Chinavita, Tibaná y Jenesano".

"2º Mi mandante, provisto de las herramientas del caso y en acatamiento de la orden del señor Alcalde Huertas Vargas, se trasladó al lugar del derrumbe, situado a la distancia de... de dicha población".

"3º Estando mi mandante con otros trabajadores o vecinos limpiando el derrumbe que obstruía la vía, se desprendió de la parte alta de la peña una enorme piedra cayéndole encima de éste, que le hirió la cara o rostro, causándole lesiones gravísimas, de carácter permanente e irreparable, con desfiguración facial, ya que fracturó hueso y la dentadura, etc., arrollándolo y echándolo a botes por una pendiente en una extensión de treinta metros, dejándolo privado sin sentido ni movimiento, como muerto".

"4º Con ayuda de los demás trabajadores lo sacaron del abismo a donde fue a dar, y con intervención del señor Ingeniero de la Zona, fue conducido al hospital de Garagoa, en el que le hicieron los tratamientos del caso, curaciones, operación quirúrgica, etc.".

"5º En el mencionado hospital mi mandante permaneció en tratamiento médico, teniendo que pagar a su costa, no sólo los derechos de cirugía, pensión y drogas y honorarios del médico que le practicó la operación, más de quince días".

"6º Mi mandante está casado por los ritos de la religión católica con la señora doña Ana Lucía Mora, y tiene siete hijos menores de edad..., a quienes sostiene con su trabajo de jornalero, es persona de buena conducta, excelente padre de familia y respetuoso de las autoridades, a quienes siempre ha acatado y obedecido".

"7º Tanto mi mandante como su esposa e hijos han sufrido mucho por causa de las heridas que recibió en el accidente indicado, miseria, falta de recursos por haber quedado imposibilitado para trabajar como antes y con el rendimiento económico que le daban sus oficios".

"8º Por falta de recursos no ha podido hacer tomar una radiografía, a fin de puntualizar las lesiones internas sufridas, y que han afectado las funciones mentales y orgánicas de mi mandante".

"9º Hasta la fecha mi mandante no ha recibido del Departamento de Boyacá suma alguna por concepto de perjuicios o de daños sufridos con ocasión del derrumbe relacionado ni de los gastos de hospitalización y operación quirúrgica".

"10. Las herramientas suministradas para destapar el derrumbe fueron tomadas del almacén o depósito departamental".

"11. El Alcalde que obligó a mi mandante, lo conminó para que concurriera a la reparación de la carretera en referencia, era funcionario departamental, y la obra reparada también departamental y costeada con fondos departamentales".

"12. Así que la responsabilidad civil o la culpa es imputable al Departamento de Boyacá para la reparación que impetro en esta demanda".

"13. El Alcalde Departamental, encargado de la administración del Municipio de Pachavita, señor Faustino Huertas Vargas, fue nombrado Alcalde por Decreto número 719 del 17 de diciembre de 1958, expedido por la Gobernación del Departamento, comunicado al Juzgado Municipal de allí, por telegrama número 07399 de la misma fecha, y tomó posesión legal del puesto el 18 de los mismos mes y año".

"14. El día que mi mandante sufrió el accidente relatado tenía, más o menos, la edad de 34 años, pues nació en Pachavita el año de 1915, según copia del acta de bautismo expedida por Cura Párroco respectivo".

"15. Según recibos que adjunto, mi mandante pagó al doctor Jorge Mora Roa, médico cirujano, la suma de quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal, por concepto de la operación quirúrgica y curaciones, y a la Dirección o Caja del Hospital de San Antonio de Garagoa, la suma de $ 151.90 moneda corriente, por derechos de cirugía, pensión, drogas, etc.".

"16. Según el certificado del médico, doctor Jorge Mora Roa, que operó a mi mandante, éste 'sufrió un accidente de trabajo que le produjo una herida en la cara de forma irregular, la cual tenía por una parte una dirección oblicua de abajo arriba y de fuera hacia adentro, que se extendía desde el pómulo derecho hasta el dorso de la nariz, en una extensión de nueve centímetros de longitud, en el dorso tenía una forma de semicírculo; de la parte media de esta herida se desprendían otras, la cual pasaba sobre el ala derecha de la nariz y seguía sobre el labio su-

perior hasta dos centímetros de la línea media hacia la izquierda. Dichas heridas produjeron la sección completa de los tejidos blandos hasta el maxilar, el cual quedó al descubierto, también produjo la ruptura de la caja superior y la pérdida de tres dientes inferiores; también presentaba otras heridas sobre el labio inferior en su cara interna. Su incapacidad fue de veinte (20) días. Estas heridas le producen *una deformidad física permanente visible e irreparable.* Hay también limitación reparable en cuanto a la masticación...' ''.

Con relación a los fundamentos de derecho expuso:

''*Derecho.* Lo confieren los artículos 1494, 2341, 2342 y siguientes del Libro 4º, Título 34 del Código Civil, artículo 34 de la Ley 57 de 1887, así como la doctrina que han consagrado los múltiples fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia en casos similares y de que se hace mérito, se indican y aun se insertan en los comentarios a los artículos que integran el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, en las ediciones de este Código, en las ediciones publicadas por el doctor Jorge Ortega Torres a partir de 1950 hasta la fecha''.

El Tribunal puso fin a la primera instancia en sentencia de 28 de marzo de 1962, en la cual resolvió:

''1º Declarar que el Departamento de Boyacá es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por el actor Ernesto Sanabria Rojas a consecuencia de las lesiones causadas en el lugar y fecha a que hace relación la presente demanda'';

''2º Condenar al Departamento de Boyacá al pago de los perjuicios materiales, los cuales se regularán por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial'';

''3º Condenarlo al pago de la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00), a favor del demandado, por valor de los perjuicios morales''.

No habiendo sido objeto de apelación dicha providencia, la Secretaría del Tribunal la envió a esta corporación para los fines de la consulta ordenada en la misma.

Los trámites propios de esta segunda instancia se encuentran agotados. Ni el Departamento ni el demandante presentaron alegatos.

En virtud de la excepción dilatoria declinatoria de jurisdicción alegada por el apoderado del Departamento, la competencia del Tribunal y de la Corte para conocer del negocio quedó fijada definitivamente, al haberse resuelto desfavorablemente dicha excepción (ar. 449 del C. J.).

Al contestar la demanda el apoderado del Departamento negó que Sanabria hubiera sido objeto de notificación alguna por parte del Alcalde Huertas, pero admitió que éste le insinuó que concurriera al trabajo del despejo de la carretera.

Perceptúa el artículo 2341 del Código Civil: ''El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga, o por la culpa o el delito cometido''.

Para que a tenor de este artículo resulte comprometida la responsabilidad de una persona —natural o jurídica— se requiere, como bien es sabido, que haya cometido una culpa (''lato sensu''), y que de ésta sobrevengan perjuicios al reclamante. O sea la concurrencia de los tres elementos que la doctrina predominante ha sistematizado bajo los rubros de culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste. Algunos autores abogan por la supresión de este último elemento, pero examinadas sus razones al respecto se observa que a lo que ellas tienden es más bien a hacer hincapié en la calidad de directo que debe tener el daño indemnizable, y no a prescindir de todo vínculo de causalidad entre la culpa y éste, lo que, por demás, no podría sostenerse en sana lógica.

Con base en las declaraciones de Rafael Pérez, Cayetano Ramírez y Jorge Mora Roa —que entre todas las rendidas fuera de juicio que el demandante acompañó al libelo, fueron las únicas ratificadas durante el término de prueba—, el Tribunal encontró configurado el proceder culposo atribuído al señor Faustino Huertas Vargas como Alcalde de Pachavita, en los fundamentos de hecho 1º y 11, pero incurrió en error al respecto, pues de los citados declarantes el único que habla de que Huertas conminó con multa al demandante Sanabria para que fuera con otros ciudadanos a trabajar a la carretera es Rafael Pérez. Ramírez tan sólo se refiere al hecho de la realización del trabajo y al accidente que allí le sobrevino a Sanabria, cosas sobre las cuales también depone Pérez. En cuanto a Mora Roa, fue el médico que examinó al demandante, y se contrae a ratificarse en el dictamen médico que rindió sobre el carácter de las lesiones y la incapacidad sobreviniente, veinte días. De conformidad con el artículo 696 del Código Judicial, el dicho de un testigo no puede formar por sí solo plena prueba, y a lo sumo puede constituír presunción más o menos atendible, ''según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad

de su exposición''. Presunción que podría, en su caso, apreciarse en armonía con otras pruebas, que en el presente caso no existen, como se ha visto.

Pero si no puede aceptarse la compulsión abusiva de que fuera víctima Sanabria, sí puede admitirse, con base en las dos aludidas declaraciones de Pérez y Ramírez, y en lo aceptado por el apoderado del Departamento en la contestación de la demanda, que el accidente le ocurrió al demandante estando trabajando en el despejo de la carretera, y que había tomado parte en esa peligrosa labor por insinuación o requerimiento del Alcalde Huertas. Ahora bien, si Sanabria hubiera concurrido a tal tarea porque hubiera mediado una relación de trabajo, sin duda alguna las consecuencias del accidente no se habrían quedado sin indemnización, pues a lo menos habría recibido las que reconoce la legislación laboral para tales casos. Mas sería contrario a toda noción de equidad el que por el simple hecho de no haber tenido Sanabria un móvil utilitario sino el desinteresado o altruísta de cooperar en una labor en beneficio de la comunidad, ante el requerimiento o insinuación del Alcalde, quedara desprovisto de toda protección en cuanto a las resultas del accidente que en ese trabajo le sobrevino.

Se impone, en consecuencia, reconocer al demandante la indemnización de los perjuicios que recibió. El artículo 5º de la Ley 153 de 1887 autoriza esta solución, ya que establece que la equidad natural y la doctrina constitucional deben presidir la labor de la aplicación de la ley. Según el artículo 17 de la Carta, el trabajo debe gozar de la especial protección del Estado.

Resulta de los autos que Sanabria sufragó gastos por asistencia médica y hospitalaria y por medicinas. Igualmente que se le fracturó la caja dental superior que usaba; que perdió tres dientes naturales inferiores; que le quedó una deformidad física permanente en la cara, y que tuvo una incapacidad para el trabajo de veinte días. Por último, es evidente que sufrió perjuicios morales subjetivos. Deben, pues, ser reconocidas las correspondientes indemnizaciones.

Como la carretera en que trabajaba Sanabria era departamental, de lo cual hay prueba en los autos, y, como por otra parte, el Alcalde, además de Jefe de la Administración Municipal, es Agente del Gobernador, bien puede aceptarse que al organizar los trabajos de limpieza de la carretera, el de Pachavita, en el caso *sub judice*, obró en aquella calidad, y que, por consiguiente, hay que ver en su proceder una actuación del Departamento, cuya legitimación en causa pasiva aparece así indiscutible.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase la sentencia consultada.

Los perjuicios cuya liquidación se hará mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, son los señalados en la parte motiva de la presente providencia.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

SECUESTRO PREVENTIVO

Objetivo de esta medida respecto de los bienes relictos.—En qué momento cesa el secuestro de tales bienes y reaparece la posibilidad de que recaiga sobre ellos, por causa distinta, una nueva medida cautelar.

Las reglas de los artículos 900 y 904 del Código Judicial hacen parte del complejo de preceptos que estructuran el sistema de protección de los bienes relictos desde un doble punto de vista: 1º el de la necesidad de asegurarlos para evitar que se extravíen, y 2º el de la conveniencia de apartar a los herederos de su administración cuando no se han puesto de acuerdo sobre ella.

Véase cómo y en qué oportunidades realiza aquel sistema su doble objetivo.

1. La primera oportunidad se presenta cuando, por no haberse practicado todavía los inventarios, los bienes aún no son conocidos, lo que hace posible que se pierdan o extravíen. Como los herederos no son responsables todavía de esos bienes, ni corren con su administración, por no ser conocidos, la ley faculta a cualquiera que tenga interés en la sucesión para solicitar el secuestro preventivo, si todavía no se ha pedido el inventario, o el mero secuestro si ya se ha solicitado aquella diligencia, como medida de simple seguridad. Por eso, como lo previene la regla 1ª del artículo 902 del Código Judicial, el secuestro debe levantarse tan pronto como se hace el inventario.

2. Practicado éste, los bienes que forman la masa herencial son ya conocidos, y los herederos asumen la responsabilidad de ellos; y el inventario constituye por sí solo una medida de seguridad que suple al secuestro. Pero como puede ocurrir que los interesados en la sucesión no se pongan de acuerdo respecto del manejo de los bienes, la ley faculta al descontento o a los descontentos para hacerlos secuestrar hasta la partición, con el fin de separar de su administración a quienes la tengan. Y siendo ésta la finalidad de la medida cautelar que autoriza el artículo 904, es claro que ella debe terminar cuando por virtud de la partición los herederos asumen la administración de los bienes que les han correspondido.

Se desprende de lo expuesto que una vez aprobada la partición cesa el secuestro, y que, por tanto, quien ejercía el cargo carece ya de facultad para oponerse a una nueva medida cautelar que se intente respecto de los bienes cuando ya los herederos han entrado a administrarlos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

En este juicio especial del Departamento de Cundinamarca contra el señor Humberto Arbeláez Arbeláez, sobre venta y adjudicación de unos inmuebles hipotecados por el demandado a la mencionada entidad de derecho público, el Juez Civil del Circuito de Bogotá practicó, por comisión que le confiara el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre, la diligencia de secuestro de los bienes embargados, cuya descripción se hace en el acta respectiva de la manera siguiente: "Se trata de un inmueble ubicado en el Municipio de Suba, en la actualidad se encuentra urbanizado en su mayor parte con calles y carreras trazadas, sin servicios de agua y luz, compuesto por varios lotes distinguidos con los números 183, 184, 185, 186, 187 y 188, los que a su turno están subdivididos en la forma que sigue: el lote número 183 sólo tiene el lote número B; el lote número 184 comprende los lotes C y CH; el lote número 185 comprende los lotes D y E; el lote número 186 comprende los lotes G y F; el lote número 187 comprende los lotes H e I; el lote número 188 comprende los lotes K y J", los que se hallan alindados así:

"*Lote B:* Desmemnrado (sic) del lote 183, limita: por el Norte en 50 varas con ka. (sic) calle 3ª de la Urbanización; Sur, en 50 varas con el lote CH; por el Oriente en 50 varas con el lote A; y por el Occidente en 50 varas con la carrera 19. *Lote C:* Desmembrado del lote 184, limita por el Note (sic) en 50 varas con el lote NA; por el Sur, en 50 varas con la calle 4ª de la Urbanización; por el Oriente en 50 varas con la carrera 20, y por el Occidente en 50 varas con el lote CH. *Lote CH:* Desmembrado del lote número 184, apareció alinderado así: por el Norte en 50 varas con el lote B; por el Sur, en 50 varas con la calle 4ª; por el Oriente en 50 varas con el lote C, y por el Occidente con (sic) 50 varas con la carrera 19. *Lote D:* Desmembrado del lote número 185, limita por el Norte en 50 varas con la calle 4ª; por el Sur en 50 varas con el lote F; por el Oriente en 50 varas con la carrera 20, y por el Occidente en 50 varas con el lote E. de la Urbanización. *Lote E:* Desmembrado del Lote 185, limita por el Norte en 50 varas con la calle 4ª; por el Sur en 50 varas con el lote G; por el Oriente en 50 varas con el lote D, y por el Occidente en 50 varas con la carrera 19 de la Urbanización. *Lote G:* Desmembrado del lote 186, limita por el Norte en 50 varas con el lote E; por el Sur en 50 varas con la calle 5ª; por el Oriente en 50 varas con el lote F, y por el Occidnte (sic) en 50 varas con la carrera 19, y *Lote F:* Desmembrado del lote número 186, limita por el Norte en 50 varas con el lote D; por el Sur, en 50 varas con la calle 5ª; por el Oriente en 50 varas con la carrera 20, y por el Occidente en 50 varas con el lote G. *Lote H:* Desmembrado del lote número 187, limita por el Norte en 50 varas con la calle 5ª de la Urbanización; por el Sur en 50 varas con el lote J; por el Oriente en 50 varas con la carrera 20, y por el Occidente con (sic) 50 varas con el lote I. *Lote I:* Desmembrado del lote número 187, limita por el Norte en 50 varas con la calle 5ª de la Urbanización, por el Sur en 50 varas con el ote (sic) K; por el Oriente en 50 varas con el lote H, y por el Occidente en 50 varas con la carrera 19. *Lote K:* Desmembrado del lote número 188, limita por el Norte en 50 varas con el lote I; por el Sur en 50 varas con la calle 6ª de la Urbanización; por el Oriente en 50 varas con el lote J, y por el Occidente en 50 varas con la carrera 19. *Lote J:* Desmembrado del lote 188, limita por el Norte en 50 varas con el lote H; por el Sur con la calle 6ª; por el Oriente con la carrera 20, y por el Occidente con el lote K".

En el acta se lee que el Juez "procedió a secuestrar real y materialmente los lotes acabados de describir, haciendo entrega de ellos al señor secuestre, quien manifiesta recibirlos de conformidad".

De la escritura pública número dos mil novecientos noventa y tres de veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Bogotá, mediante la cual se hizo la partición extrajudicial de los bienes sucesorales de Edmundo Paniagua, y del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, resulta que los expresados lotes fueron adjudicados, con otros, al demandado Arbeláez; quien es en la actualidad su poseedor inscrito; y de la copia de la correspondiente diligencia, expedida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, donde se adelantó el juicio sucesorio de Edmundo Paniagua, aparece que los mismos lotes fueron secuestrados en el aludido juicio el diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, habiéndolos recibido, en calidad de secuestre, el señor Antonio Cortés Silva.

Con fundamento en esta última circunstancia, la de ser desde mil novecientos cincuenta y cuatro secuestre de los bienes embargados en el hipotecario del Departamento de Cundinamarca contra el señor Arbeláez, el señor Cortés Silva se opuso en el acto de la diligencia a que se consume el nuevo secuestro, se supone que por no poder subsistir dos, simultáneamente, de la misma cosa, y alegando, además de deficiencias en la identificación de los lotes objeto de la medida cautelar, que la sucesión aún le adeuda sus honorarios de secuestre; y como el Juez comisionado rehusara aceptar su oposición, recurrió ante esta Sala contra la respectiva providencia.

Se considera:

Las reglas de los artículos 900 y 904 del Código Judicial hacen parte del complejo de preceptos que estructuran el sistema de protección de los bienes relictos desde un doble punto de vista: 1º el de la necesidad de asegurarlos para evitar que se extravíen, y 2º el de la conveniencia de apartar a los herederos de su administración cuando no se han puesto de acuerdo sobre ella.

Véase cómo y en qué oportunidades realiza aquel sistema su doble objetivo:

1. La primera oportunidad se presenta cuando, por no haberse practicado todavía los inventarios, los bienes aún no son conocidos, lo que hace posible que se pierdan o extravíen. Como los herederos no son responsables todavía de esos bienes, ni corren con su administración, por no ser conocidos, la ley faculta a cualquiera que tenga interés en la sucesión para solicitar el secuestro preventivo, si todavía no se ha pedido

el inventario, o el mero secuestro si ya se ha solicitado aquella diligencia, como medida de simple seguridad. Por eso, como lo previene la regla 1ª del artículo 902 del Código Judicial, el secuestro debe levantarse tan pronto como se hace el inventario.

2. Practicado éste, los bienes que forman la masa herencial son ya conocidos, y los herederos asumen la responsabilidad de ellos; y el inventario constituye por sí solo una medida de seguridad que suple al secuestro. Pero como puede ocurrir que los interesados en la sucesión no se pongan de acuerdo respecto del manejo de los bienes, la ley faculta al descontento o a los descontentos para hacerlos secuestrar hasta la partición, con el fin de separar de su administración a quienes la tengan. Y siendo ésta la finalidad de la medida cautelar que autoriza el artículo 904, es claro que ella debe terminar cuando por virtud de la partición los herederos asumen la administración de los bienes que les han correspondido.

Se desprende de lo expuesto que una vez aprobada la partición cesa el secuestro, y que, por tanto, quien ejercía el cargo carece ya de facultad para oponerse a una nueva medida cautelar que se intente respecto de los bienes cuando ya los herederos han entrado a administrarlos. La oposición del señor Cortés Silva es, consiguientemente, inadmisible, como lo decidió el Juez comisionado. Si los lotes embargados no pertenecen al demandado, o si los secuestrados no son precisamente los dados en garantía, son sus dueños o poseedores los llamados a oponerse, no el antiguo secuestre, cuya función ha cesado; y si a éste se le adeudan sumas por razón del ejercicio de su cargo, la ley le señala la vía mediante la cual puede hacer valer su derecho, distinta de la de la oposición al secuestro.

Por estas razones, la Sala no accede a revocar la providencia apelada.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME. — AVALUO PERICIAL

Importancia del avalúo pericial en juicios de rescisión por lesión enorme. — Necesidad de que el avalúo reúna las exigencias legales para que pueda dársele la plenitud del mérito probatorio. — La prueba de testigos no reemplaza a la pericial en materia de avalúos.

1. Conforme a reiterada doctrina de la Corte "siempre que se ejercite la acción de rescisión por lesión enorme hay que acudir a las pruebas conducentes, de las cuales la señalada es el avalúo de los bienes vendidos, realizado por peritos, con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad cuál era el justo precio del inmueble al tiempo del contrato". (G. J. XXVIII, 77; XXIX, 15; XLVII, 490; LV, 616; LXXIV, 692).

2. Define el artículo 721 del Código Judicial el mérito probatorio del avalúo realizado por peritos, expresando que "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de los peritos, hace plena prueba". Quiere ello decir que cuando el dictamen no reúne las condiciones mencionadas no es prueba suficiente del hecho que se trata de demostrar. Y un dictamen pericial no puede considerarse fundamentado debidamente, sino cuando se apoya en consideraciones racionales y lógicas que conduzcan a la evidencia de la conclusión propuesta; o sea, cuando es la consecuencia de los hechos concretos que circunstanciadamente exponen los peritos, de los cuales han de deducir los expertos las conclusiones lógicas a que haya lugar, mediante un razonamiento justo, sin lo cual el juzgador carece de elementos para apreciar el acierto o el error en que se haya podido incurrir en el dictamen.

Tratándose de un avalúo, por ejemplo, el precio real depende de hechos de distinto orden, especialmente económico, que los peritos deben expresar en forma minuciosa e inequívoca, cuales son, en lo que respecta a un predio, todos aquellos factores o elementos determinantes de los precios y de su movimiento, los que el perito ha de apreciar según su ciencia y experiencia para dar un concepto acertado.

En su exposición los peritos informan sobre la ubicación del inmueble y sobre su cabida y buenas condiciones para ser explotado económicamente; y al hacer el justiprecio de los árboles frutales que allí existían, manifiestan que se hallaban "listos en esa época a producir fructíferas cosechas, sembrados en terrenos propicios y en climas adecuados"; pero el fallador se queda sin saber cómo influyen en el precio aquella ubicación y buenas condiciones, cuál fuera el promedio de producción de los frutales y el precio en el mercado de los frutos, si ese precio era o no estable, a cuánto asciende el costo de producción, qué monto alcanzaba la utilidad por meses o por años, por qué el suelo es el propicio para huertos de la especie indicada en la demanda, qué otras destinaciones pudiera darse al inmueble; en fin, todos los datos esenciales para poder estimar el mérito del dictamen. Para que éste tenga el valor probatorio que le asigna el artículo 721 del Código Judicial, no es suficiente que los peritos manifiesten que tomaron en consideración tales o cuales elementos de juicio, sino que es menester que expliquen cómo intervinieron ellos en la formación de su concepto, pues sólo al través del análisis que de las circunstancias de hecho se haga en el dictamen, y del conocimiento que el fallador adquiera de las operaciones intelectuales realizadas para llegar a la conclusión que afirman, puede aquél cumplir, a la vez, el deber de apreciar la peritación conforme a las reglas de la sana crítica. De aquí que la Corte siempre haya considerado que "cuando el dictamen pericial no reúne los requisitos del artículo 721 del Código Judicial, el Juez puede apreciarlo, según su criterio, hasta donde encuentre su fundamento, o desestimarlo, si no fuere posible otra cosa. Esto ocurrirá especialmente cuando los expertos omitan datos importantes o se basen

en algunos no acreditados, y que sean supuestos o imaginados por ellos. De modo que si la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el Juez no está autorizado para prescindir de ella arbitrariamente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia acomodándose a la verdad de los hechos comprobados" (G. J. XLVI, 69). Ni sería posible en este proceso, debiendo desestimarse el dictamen pericial, como hay que hacerlo, por falta de fundamentación, apoyar un fallo favorable en los testimonios que sobre el precio han dado los testigos, porque es doctrina de la Corte que "en tratándose de avalúos como de toda cuestión técnica, es preciso la intervención de expertos al respecto, que dictaminen sobre el particular, que no la de testigos, los cuales declaran sobre hechos, pero no conceptúan ni dictaminan" (G. J. LVII, 58).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

El doctor Ernesto Escallón Vargas, en representación del señor Gumersindo Bustamante, mayor de edad y vecino de Tunja, demandó a la Nación, en juicio ordinario de única instancia, para provocar las siguientes declaraciones:

Primera. "Que el señor Gumersindo Bustamante sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 1614 de 22 de diciembre de 1956, de la Notaría 2ª de Tunja, y por medio de la cual Gumersindo Bustamante transfirió a título de venta a la Nación colombiana el inmueble cuya determinación y linderos aparecen en dicho instrumento, junto con la casa, árboles frutales y demás anexidades y dependencias, de conformidad con el acta de avalúos insertada en la misma escritura y de fecha 22 de febrero de 1956".

Segunda. "Que, en consecuencia, se decrete la rescisión por lesión enorme del contrato contenido en la escritura citada en el punto anterior".

Tercera. "Que con motivo de la rescisión pronunciada en contra de la Nación colombiana, ésta puede consentir en ella y restituír el bien inmueble, previo cumplimiento del artículo 1953 del Código Civil, ordenando la cancelación de la escritura de venta y su registro y devolviendo el bien por los linderos porque fue vendido y entregando el valor de los frutos que hubiera podido percibir con mediana inteligencia, o completar en dinero efectivo el justo precio. En este caso solicito que se condene a la Nación colombiana, demandada, a pagar al demandante Gumersindo Bustamante, dentro de los quince días, contados a partir de la ejecutoria del fallo, el complemento del justo precio del inmueble que éste le dio en venta a aquélla, de acuerdo con lo que determinen los peritos o se establezca dentro del presente juicio, previas las deducciones de ley".

Cuarta. "Que se condene a la Nación colombiana al pago de los intereses comerciales, o en subsidio, a los legales, sobre el justo precio establecido en autos, desde la fecha de la presente demanda hasta cuando el pago se verifique".

El actor funda las anteriores pretensiones en los hechos que a continuación se transcriben:

"1º Según consta en la escritura pública número 1614 de 22 de diciembre de 1956, y en el acta de avalúo, allí inserta, y que hace parte integrante de la misma, Gumersindo Bustamante transfirió a título de venta, en favor de la Nación colombiana —Ministerio de Obras Públicas— el derecho de dominio y posesión que tenía sobre un globo de terreno urbano, con cabida aproximada de 4.516.38 metros cuadrados, situado en el Barrio Santa Bárbara de la ciudad de Tunja, junto con todas las anexidades y dependencias allí existentes, tales como casa, árboles frutales, cercas, etc., y comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: 'Por el Norte, en una longitud de 19 metros colindando con propiedades de Jerónimo Molina; por el Sur, en una longitud de 37 metros, colindando con herederos de Reinaldo Rojas; por el Oriente, en una longitud de 41 metros, colindando con el mismo vendedor Gumersindo Bustamante, también por este costado mide 53 metros, lindando con la carretera que va a Miraflores; y por el Occidente, en una extensión de 61 metros, linda con propiedades del mismo vendedor Bustamante, y en una extensión de 30 metros, lindando con el antiguo camino de herradura que conducía a Bogotá'.

"2º Este globo de terreno lo recibió real y materialmente la Nación, y lo destinó para la construcción del trayecto de la Avenida Tunja, que forma parte del sector de la carretera Villapinzón-Tunja.

"3º La mencionada escritura se registró el 4 de enero de 1958 en el folio 1344, partida 372 del libro 1º, y con matrícula número 80, Tomo 8º del libro de Tunja.

"4º El inmueble vendido a la Nación lo adquirió Gumersindo Bustamante por compra que de él hizo a Agueda Burgos Hernández, según

escritura pública 36 de 11 de enero de 1945, de la Notaría 1ª de Tunja, registrada en Tunja el 1º de febrero de 1945 en el Libro número Primero, folio 260, número 374, con matrícula del 9 del mismo mes y año, bajo el nombre de 'La Florida', partida 80, página 80 del libro correspondiente, inmueble que por tener mayor extensión del que vendió Gumercindo Bustamante a la Nación, tenía los siguientes linderos generales: 'por el Norte con propiedades de Daniel Wilches; por el Oriente, carretera al medio con terrenos del mismo Daniel Wilches; por el Sur, con terrenos de herederos de Reinaldo Rojas, y por el Occidente, camino público al medio, linda con terrenos de Pablo Enrique Bermúdez Galán y de Martín María Bermúdez, y cierra'.

"5º La Nación, para construír la Avenida Tunja y la carretera Villapinzón-Tunja, ocupó la casi totalidad del predio de Gumersindo Bustamante. Y en acta preliminar de 22 de febrero de 1956, los señores Alberto Forero, como Ingeniero encargado de la Interventoría de la carretera Villapinzón-Tunja, y Juan Flestcher, como delegado del Auditor Fiscal de Hacienda de la Contraloría General de la República, comprobaron que en el lote de terreno se encontraba una casa con paredes de ladrillo pegado con cemento, cubierta de teja de barro, pisos de baldosín, cemento y maderas, pintada al óleo, 713 árboles frutales entre peros, duraznos, ciruelos y manzanos; dos eucaliptus grandes; un eucaliptus mediano, un pino, una acacia, un aljibe de 5 metros de profundidad, diámetro exterior, 1 metro con 70 centímetros, e interior de 1 metro con 10 centímetros, revestido de ladrillo pegado con cemento, y unas cercas de tapia con bases de piedra, en extensión aproximada de 250 metros. En la mencionada acta estos bienes se estimaron en la suma de $ 23.960.00 y el terreno en la suma de $ 5.000.00. Por tanto, el precio total de la venta que consta en la escritura pública número 1614 ya citada, fue el de $ 28.960.00.

"6º El precio que recibió Gumersindo Bustamante por la venta de su inmueble fue interior (sic) a la mitad del justo precio del bien que vendió, refiriéndose dicho justo precio al del tiempo del contrato, o sea al del 22 de diciembre de 1956.

"7º La Nación ocupó el predio que compró a Gumersindo Bustamante, y para concluír la carretera Villapinzón-Tunja y la Avenida Tunja destruyó la casa, los árboles frutales, las cercas, etc., pues ocupó un total de terreno que es hoy carretera en extensión aproximada de 4.516.38 metros cuadrados, es decir, la casi totalidad del inmueble de propiedad de Gumersindo Bustamante, pues a éste sólo le quedaron dos pequeños triángulos, a lado y lado de la carretera, de 90 metros de extensión, aproximadamente, completamente inutilizables.

"8º Gumersindo Bustamante vivía en el inmueble que vendió y explotaba como única fuente de negocio todos sus frutales que se encontraban en plena producción, de modo que al convertirse su bien en carretera sufrió, como es lógico, un gravísimo perjuicio.

"9º En época anterior al contrado (sic) *sub judice* el valor del terreno en la zona urbana de propiedad de Gumersindo Bustamante era mucho mayor al de que le pagó la Nación, y ésta, por otros terrenos que compró para la construcción de la carretera, pagó además precios superiores, por ende el terreno de Gumersindo Bustamante tenía al momento de la venta un precio superior a la mitad del justo precio que recibió, porque tenía casa, frutales, etc., que son bienes inmuebles que estaban en explotación, y cuyo valor hace también parte integrante del valor del terreno.

"10. El bien de que se trata en este juicio no se ha perdido en poder de la entidad compradora, pues actualmente constituye un bien de uso público.

"11. Estoy en término de instaurar el juicio".

Al libelo acompañó el demandante copia de la escritura pública número 1614 de 22 de diciembre de 1956, de la Notaría 2ª del Circuito de Tunja, compulsada por el respectivo Notario y el certificado número 360, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del referido Circuito, referente al predio que es objeto de la demanda.

De ésta, una vez admitida, se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó, en nombre de la Nación, oponiéndose a ella y manifestando, en cuanto a los hechos que la sustentan, atenerse a lo que en el juicio llegare a probarse.

Durante el término probatorio las partes allegaron las siguientes pruebas:

La actora:

a) Las declaraciones de Luis Franco Pulido, Andrés López y Pedro López Huertas sobre los hechos relatados en los ordinales 5º, 8º y 9º del libelo.

b) Una diligencia de inspección ocular, con el fin de identificar al inmueble objeto de la litis, y establecer su situación y condiciones actuales

y las de las zonas aledañas que quedaron en poder del demandante.

c) Una peritación, concurrente con la inspección ocular, para determinar el precio del inmueble en la época del contrato.

d) Copia de la escritura pública número 51 de 26 de marzo de 1956, por la cual Campo Eduardo Pinzón y Rosa María Leal de Pinzón vendieron un inmueble urbano, situado en la ciudad de Tunja, al Departamento de Boyacá; y de la escritura número 36 de 11 de enero de 1945, mediante la cual el demandante adquirió, por compra a Agueda Burgos Hernández, el inmueble a que se refiere el libelo, ambos instrumentos, de la Notaría 1ª del Circuito de Tunja.

e) El certificado de la Oficina Seccional de Catastro de Boyacá sobre avalúo catastral del mismo inmueble en el año de 1956.

La opositora:

a) El acta de avalúo de los perjuicios causados al demandante Gumersindo Bustamante en el inmueble descrito en la demanda, con la construcción de la Avenida Tunja, que forma parte de la carretera Tunja-Villapinzón.

b) Una certificación del Auditor Fiscal de Hacienda de la Contraloría General de la República, relativa al avalúo de aquellos perjuicios y a la firma del acta respectiva.

c) La diligencia del reconocimiento de la firma del demandante en dicha acta.

d) El acta de avalúo suscrita por las partes.

e) El comprobante de pago de los perjuicios.

f) Una certificación del Banco de Bogotá, Sucursal de Tunja, sobre pago del cheque número 53 de la serie 39149, de 17 de diciembre de 1956, girado por la Zona de Carreteras de Tunja.

Cumplidos los traslados para alegar de conclusión y citadas las partes para sentencia, se procede a decidir la litis con fundamento en las consideraciones siguientes:

De las pruebas traídas a la causa y de las afirmaciones de la demanda aparece que con anterioridad al contrato de compraventa del predio determinado en el libelo, se adelantó por el Ministerio de Obras Públicas la construcción de la Avenida Tunja, parte de la carretera què de esta ciudad conduce a Villapinzón, y que con las obras realizadas se causó al demandante daños consistentes en la destrucción de una casa de ladrillo, techos de teja de barro y pisos de baldosín, cemento y madera; de doscientos cincuenta metros de cerca de tapia pisada; de numerosos árboles frutales y de otra clase; de un aljibe; y en la inutilización de cuatro mil quinientos diez y seis metros con treinta y ocho centímetros cuadrados de terreno. Estos daños fueron avaluados en la suma de veintiocho mil novecientos sesenta pesos moneda legal, y pagados al demandante, según el acta suscrita por él y los representantes de la Nación, y por los peritos, el 22 de febrero de 1956, complementada con el comprobante de pago que obra en los autos.

Tales bienes, que por adhesión formaron alguna vez parte del inmueble, habían desaparecido ya cuando se concertaron el resarcimiento de daños y la compraventa del suelo.

No puede entenderse que con la acción rescisoria se ataca lo convenido sobre indemnización de perjuicios, porque esa acción sólo se concede, según la ley o por elaboración jurisprudencial, contra el acto de partición de bienes *(Co. Civ.,* art. 1405), la compraventa de inmuebles *(Cod. Civ.,* artículo 1946; L. 57 de 1887, art. 32), y los contratos que se asimilan a este último, como la permuta y la dación en pago de inmuebles; y el reconocimiento y pago de daños son actos de naturaleza jurídica distinta a la de los mencionados: ni las cosas que estuvieron adheridas al suelo pero que fueron separadas de él pueden considerarse como inmuebles, ni la finalidad de la compensación pecuniaria es la adquisición del dominio. Tampoco puede prosperar la acción en este caso, si se la considera dirigida contra el contrato de compraventa, por suponerse incluídos en él los bienes cuya pérdida fue motivo de indemnización, porque la regla del artículo 1870 del Código Civil, según la cual "la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionar el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno", se refiere tanto a los derechos cuya existencia se supone, pero que nunca existieron, como a los que ya han perecido cuando la convención se celebra. La venta se entiende en estos casos sujeta a la condición suspensiva de que su objeto exista realmente, y de no cumplirse esta condición el contrato se reputa como no celebrado; por lo cual no puede ser atacable con acción rescisoria por lesión enorme una compraventa que conforme a la ley no produce ningún efecto, por no existir ya en la fecha del contrato los bienes sobre los cuales se pretende que ella recae. Pero aun en la hipótesis de que la compraventa hubiese podido comprender las cosas destruídas con la contrucción de la Avenida Tunja, por no haber mediado indemnización anterior ni haber desaparecido con anterioridad a él, y que se hubiese efectuado la transferencia de la propiedad en virtud del instrumento público y

de tradición anterior, tampoco habría lugar a un fallo favorable a las pretensiones del actor en lo que a aquellos bienes concierne, porque el artículo 1951 del Código Civil preceptúa que perdida la cosa en poder del comprador no habrá derecho a la rescisión del contrato.

Así, la acción incoada sólo es viable en tanto en cuanto se la dirige contra la compraventa del inmueble descrito en la declaración primera de la escritura pública número mil seiscientos catorce de veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Tunja.

Conforme a reiterada doctrina de la Corte, "siempre que se ejercite la acción de rescisión por lesión enorme hay que acudir a las pruebas conducentes, de las cuales la señalada es el avalúo de los bienes vendidos, realizado por peritos, con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad cuál era el justo precio del inmueble al tiempo del contrato" (G. J. XXVIII, 77; XXIX, 15; XLVII, 490; LV, 616; LXXIV, 692).

Para acreditar ese justo precio, la parte actora obtuvo una peritación, que se practicó como concurrente con el reconocimiento judicial, en la cual se aprecia en veinticinco mil pesos el precio de la zona o lote de terreno transferido a la Nación por el actor mediante el instrumento público ya citado.

Los peritos expresan así los motivos que tuvieron en cuenta para hacer tal apreciación: "Hechas las averiguaciones respectivas, con personas suficientemente enteradas de los precios comerciales que podían regir en aquella época (diciembre de 1956) para la compraventa de terrenos ubicados dentro del perímetro urbano de Tunja, y precisamente sobre el lugar de la diligencia que nos ocupa, tenemos que concluír que un hombre de mediana inteligencia, aun poco experto en estas materias comerciales de finca raíz, no puede menos de pensar, como lo creemos nosotros (...), que el metro cuadrado de terreno, en las circunstancias anotadas en el caso del predio del señor Bustamante, tenía en esa época un valor mínimo de quince pesos ($ 15.00) cada uno". Agregan que el predio se encontraba en buenas condiciones de explotación económica, que se halla ubicado en el perímetro urbano de la ciudad, y que para hacer el justiprecio tomaron en consideración el área del terreno en metros cuadrados (4.516.38 m^2) y "todos aquellos factores que pudieran servirnos de luz con el objeto de esclarecer y sentar, hasta donde nuestro leal saber y entender nos lo permitió, la verdad y la realidad de ese entonces".

Define el artículo 721 del Código Judicial el mérito probatorio del avalúo realizado por peritos, expresando que "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de los peritos, hace plena prueba". Quiere ello decir que cuando el dictamen no reúne las condiciones mencionadas no es prueba suficiente del hecho que se trata de demostrar. Y un dictamen pericial no puede considerarse fundamentado debidamente sino cuando se apoya en consideraciones racionales y lógicas que conduzcan a la evidencia de la conclusión propuesta; o sea cuando es la consecuencia de los hechos concretos que circunstanciadamente exponen los peritos, de los cuales han de deducir los expertos las conclusiones lógicas a que haya lugar, mediante un razonamiento justo, sin lo cual el juzgador carece de elementos para apreciar el acierto o el error en que se haya podido incurrir en el dictamen.

Tratándose de un avalúo, por ejemplo, el precio real depende de hechos de distinto orden, especialmente económico, que los peritos deben expresar en forma minuciosa e inequívoca, cuales son, en lo que respecta a un predio, todos aquellos factores o elementos determinantes de los precios y de su movimiento, los que el perito ha de apreciar según su ciencia y experiencia para dar un concepto acertado.

En su exposición los peritos informan sobre la ubicación del inmueble y sobre su cabida y buenas condiciones para ser explotado económicamente; y al hacer el justiprecio de los árboles frutales que allí existían, manifiestan que se hallaban "listos en esa época a producir fructíferas cosechas, sembrados en terrenos propicios y en climas adecuados"; pero el fallador se queda sin saber cómo influyen en el precio aquella ubicación y buenas condiciones, cuál fuera el promedio de producción de los frutales, y el precio en el mercado de los frutos, si ese precio era o no estable, a cuánto asciende el costo de producción, qué monto alcanzaba la utilidad por meses o por años, por qué el suelo es el propicio para huertos de la especie indicada en la demanda, qué otras destinaciones pudiera darse al inmueble, en fin, todos los datos esenciales para poder estimar el mérito del dictamen. Para que éste tenga el valor probatorio que le asigna el artículo 721 del Código Judicial, no es suficiente que los peritos manifiesten que tomaron en consideración tales o cuales elementos de juicio, sino que es menester que expliquen cómo intervinieron ellos en la formación de su concepto, pues sólo al través del análisis que de las circuns-

tancias de hecho se haga en el dictamen, y del conocimiento que el fallador adquiera de las operaciones intelectuales realizadas para llegar a la conclusión que afirman, puede aquél cumplir, a la vez, el deber de apreciar la peritación conforme a las reglas de la sana crítica. De aquí que la Corte siempre haya considerado que "cuando el dictamen pericial no reúne los requisitos del artículo 721 del Código Judicial, el Juez puede apreciarlo, según su criterio, hasta donde encuentre su fundamento, o desestimarlo, si no fuere posible otra cosa. Esto ocurrirá especialmente cuando los expertos omitan datos importantes o se basen en algunos no acreditados y que sean supuestos o imaginados por ellos. De modo que si la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el Juez no está autorizado para prescindir de ella arbitrariamente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia acomodándose a la verdad de los hechos comprobados" (G. J. XLVI, 69). Ni sería posible en este proceso, debiendo desestimarse el dictamen pericial, como hay que hacerlo, por falta de fundamentación, apoyar un fallo favorable en los testimonios que sobre el precio han dado los testigos Luis Franco Pulido, Andrés López y Pedro López Huertas, porque es doctrina de la Corte que "en tratándose de avalúos, como de toda cuestión técnica, es preciso la intervención de expertos al respecto, que dictaminen sobre el particular, que no la de testigos, los cuales declaran sobre hechos, pero no conceptúan ni dictaminan" (G. J. LVII, 58).

Es preciso concluír, consiguientemente, que no se ha probado la lesión enorme alegada en la demanda, y que por tanto el fallo ha de ser absolutorio.

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, absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Obras Públicas, insértese en la *Gaceta Judicial*, y archívese el expediente.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION SOBRE DOMINIO PRIVADO DEL SUBSUELO PETROLIFERO. — INDETERMINACION DE LOS TERRENOS A QUE SE REFIEREN LAS MERCEDES INVOCADAS. IGUAL INDETERMINACION DE LAS TIERRAS SOBRE LAS CUALES PUDO HABERSE OPERADO LA JUSTA PRESCRIPCION

1. Como ha tenido oportunidad de decir esta Sala de la Corte en numerosas y reiteradas providencias relativas a asuntos en que se debate la propiedad privada del subsuelo petrolífero frente al Estado, antes de entrar al estudio de la validez y eficacia de los títulos antiguos tendientes a acreditar el desprendimiento de determinados terrenos del patrimonio nacional, se impone cerciorarse de si las tierras litigiosas han sido determinadas con precisión.

2. Para la prosperidad de la acción ordinaria sobre propiedad privada de yacimientos petrolíferos, según se dijo antes y lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, no es suficiente la presentación de títulos válidos de enajenación provenientes del Estado antes de la reserva del Código Fiscal de 1873, sino que es menester comprobar con plenitud "la ubicación de las distintas porciones de terreno a que se refieren los títulos de mercedes y composiciones otorgados por la Corona española (o el acto jurídico proveniente de la República) a favor de los pretendidos causantes de los actuales dueños. Sin ello no podría saberse a ciencia cierta si tal inmueble se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos" (G. J. LIII, pág. 804). Y en el fallo antes citado agrega la Corte en cuanto al cumplimiento del requisito fundamental exigido por las leyes de la materia sobre determinación precisa de las tierras enajenadas por el Estado, en tratándose de acciones de esta naturaleza, "que una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo, respecto a un área determinada con la cual dichos títulos se relacionen. Es esencial a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo la determinación del objeto sobre el que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares. Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca efectos, que la extensión territorial se determine y concrete".

En el evento sub judice **falta la demostración de que se ha hecho anterior mérito, es decir, la real identificación de las tierras desprendidas del patrimonio nacional en virtud de las adjudicaciones coloniales invocadas, por lo cual, de una parte, resulta imposible entrar a definir derechos dominicales sobre cosas imprecisas y carentes de objetividad, y, de otra, la anotada falta probatoria impide deducir con certeza si el inmueble objeto de la declaración de pertenencia se encuentra comprendido dentro de las áreas territoriales abarcadas por los títulos primitivos en cuestión.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano).

En demanda presentada ante esta Sala el 4 de junio de 1959, pide el apoderado judicial de la señora Ana Casas Castañeda de Casas que, mediante el trámite del juicio ordinario de mayor cuantía a que se refiere el artículo 2º del Decreto 3050 de 13 de diciembre de 1956, y con audiencia del Procurador Delegado en lo Civil, se hagan por sentencia definitiva las siguientes declaraciones en contra de la Nación:

"*Primera.* Que las fincas de propiedad de mi mandante, a saber: a) El terreno denominado hoy 'San Francisco', que hizo parte de un predio de mayor extensión llamado 'El Páramo'; b) Un globo de terreno que hizo parte de la antigua hacienda de 'San Rafael', compuesto de la por-

ción denominada 'El Alizal' y de partes de las porciones llamadas 'La Vega', 'San José' y 'Tambor', e integrado de dos lotes individualmente especificados, y c) Un globo de terreno ubicado en el sitio de 'San Rafael' y conocido con el mismo nombre de 'San Rafael', compuesto de siete (7) porciones denominadas 'Los Mortiños', 'Llano Largo', 'El Báltico', 'San Isidro', 'La Manga', 'Barrera' y 'Los Cerros', fincas todas situadas en jurisdicción del Municipio de La Calera, en este Deparamento de Cundinamarca, y determinadas respectivamente por las especificaciones particulares que se expresan en el parágrafo de esta parte petitoria, salieron del patrimonio de la Nación con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de títulos emanados del Estado.

"*Segunda.* En subsidio, que las mismas fincas sobre que versa la súplica anterior, salieron del patrimonio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por justa prescripción en virtud de la explotación económica de que por obra de sus poseedores fueron objeto.

"Tercera. Que, como consecuencia de una cualquiera de las anteriores declaraciones, el subsuelo petrolífero de todas y cada una de las mismas fincas referidas en la súplica primera y especificadas en el parágrafo de esta parte petitoria, o sea el petróleo, gases y demás hidrocarburos que existan o se hallen en el subsuelo de todas esas tierras, son de propiedad de la persona particular dueña de las mismas, esto es, de mi poderdante, doña Ana Casas Castañeda de Casas.

"*Cuarta.* Que, como consecuencia de las declaraciones impetradas en las súplicas anteriores, el petróleo, gases y demás hidrocarburos que existan o se hallen en el subsuelo de las mismas fincas sólo pueden explotarse como de propiedad privada de mi poderdante.

"*Quinta.* Que, como consecuencia de todo lo anterior, las áreas correspondientes a las fincas ya mencionadas en su suelo y en su subsuelo, se excluyen de la propuesta número 871 (Usaquén) formulada por la Texas Petroleum Company, para la exploración y explotación de petróleo como de propiedad nacional, el aviso oficial de la cual propuesta corre publicado en la edición número 29683 del 'Diario Oficial', página 725, año XCV; y que, en tal virtud, no puede adelantarse por la Texas Petroleum Company la exploración y explotación como de propiedad nacional, del petróleo, gases y demás hidrocarburos existentes en el subsuelo de tales inmuebles.

"*Sexta.* Que en el caso de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petroleum Company contrato alguno de exploración y explotación de petróleo, gases y demás hidrocarburos que existan o se hallen en el subsuelo de las referidas fincas, como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse éstas ubicadas dentro del perímetro de la propuesta número 871, tal contrato se declare terminado en lo referente al subsuelo petrolífero de los mismos inmuebles.

"*Parágrafo.* Las especificaciones de las fincas a que se refiere esta demanda son las siguientes:

"a) El terreno denominado 'San Francisco' tiene una extensión superficial o área de trescientas ochenta y cuatro (384) fanegadas y tres mil ciento veinticinco (3.125) varas cuadradas, está ubicado en jurisdicción del dicho Municipio de La Calera, y determinado por los siguientes linderos: por el Norte, partiendo de un punto sobre la cuchilla de Nuque, situado doscientos veinticinco metros (225) al Norte de la parte más alta de dicha cuchilla y tomando en línea perfectamente recta, en dirección muy aproximada de occidente a oriente, hasta el punto en donde la quebrada 'La Estancia' desemboca en la quebrada de 'Socha', lindando en todo este costado con la mitad norte del globo de terreno denominado 'El Páramo', la cual mitad norte es de propiedad de los señores Demetrio Rey, Jorge Rey Rey y José Ignacio Rojas; por el Oriente, desde el dicho punto en donde la quebrada de 'La Estancia' desemboca en la quebrada de 'Socha', se toma por el centro del cauce de esta última quebrada, aguas arriba, hasta el punto en que la atraviesa el camino del Salitre, lindando por todo este costado, quebrada de 'Socha' al medio, con la antigua hacienda de 'El Frailejonal'; por el Sur y el Suroeste, con la hacienda de 'El Salitre', siguiendo una trayectoria que se determina así: desde el punto últimamente indicado sobre la quebrada de 'Socha', tomando de oriente a occidente, por todo el camino público del Salitre, que es un camino antiguo, hasta el boquerón del Salitre, trayecto éste que forma propiamente el lindero sur, y luego del boquerón últimamente mencionado se toma en línea recta en dirección al noroeste hasta una piedra llamada 'Piedra de Letra', que se halla en el extremo sur de la cuchilla de 'Nuque', trayecto este último que forma el límite suroeste; y por el Occidente, por la cuchilla de 'Nuque', desde la 'Piedra de Letra' hacia el Norte, hasta tocar en la extremidad occidental de la línea recta indicativa del lindero norte de esta demarcación, punto de partida de la misma, lindando por este costado occidental con la finca denominada 'San Rafael, de propiedad de la señora Ana Casas de Casas. Este predio de 'San Francisco' así descrito es cuanto, según las declara-

ciones de la escritura número tres mil novecientos ochenta y uno (3981) de veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), de la Notaría Séptima de este Circuito, le queda a mi poderdante del fundo de mayor extensión que bajo el nombre de 'El Páramo' le fue adjudicado en el juicio de sucesión del doctor Francisco J. Casas Carrillo, registrado con fecha veinticuatro (24) y veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos veintinueve (1929) y protocolizado en la Notaría Quinta (5ª) de este Circuito, por medio de la escritura número dos mil ciento noventa y siete (2197) de veintiocho (28) de diciembre de mil novecientos veintinueve (1929).

"b) El globo de terreno que hizo parte de la antigua hacienda de 'San Rafael', compuesto de la porción denominada 'El Alizal' y de partes de las porciones llamadas 'La Vega', 'San José' y 'Tambor', está situado en jurisdicción del dicho Municipio de La Calera, tiene una extensión superficiaria o área total de ciento sesenta y cinco (165) hectáreas y novecientos veinte metros (920) cuadrados, o sea doscientas cincuenta y siete (257) fanegadas y nueve mil quinientas sesenta y dos (9.562) varas cuadradas, e integrado de dos lotes, así: a) Del lote compuesto de las porciones denominadas 'Alizal' y parte de 'La Vega' y 'San José', que tiene una cabida de ciento sesenta y una (161) hectáreas y mil setecientos veintitrés metros cuadrados, deslindando así: 'Del punto B, situado sobre la cuchilla de 'Nuque', a una distancia en línea recta de mil cuarenta y cinco (1.045) metros del árbol del Paraguas, en cuyo pie se encuentra una piedra marcada con la letra A., se sigue hacia el sur por dicha cuchilla hasta el mojón llamado 'Piedra de Letra', sobre la misma cuchilla, lindando con la parte de la hacienda llamada 'El Páramo', que perteneció a Bertilda y Belarmina Casas, hoy de Ana Casas de Casas; de aquí en línea recta a la desembocadura de la quebrada 'Cascoate' o 'Cascuete' en el río Teusacá, lindando con la antigua hacienda de 'El Salitre'; por el río Teusacá, aguas abajo hasta el punto C, situado sobre la orilla derecha del río Teusacá, a una distancia en línea recta de cuatrocientos cuarenta y nueve (449) metros del punto donde la cerca divisoria de los potreros de 'El Tambor' y 'La Vega' encuentra el río Teusacá, lindando con los potreros de 'La Meseta' y 'Barrera', de propiedad de la misma señora Ana Casas de Casas; de este punto C, en línea recta al punto B, tomado como punto de partida, lindando con el lote de Luis Segundo Acosta, y b) Del lote compuesto de parte de la porción denominada 'Tambor', parte que mide tres (3) hectáreas nueve mil ciento noventa y siete (9.197) metros cuadrados, y que linda: por el Norte, cerca de piedra con la antigua hacienda de 'Aposentos'; por el Oriente y Sur, cerca de piedra con la parte de la porción de 'Tambor', que se adjudica a Luis Segundo Acosta; y por el Occidente, zanja de por medio, con el potrero denominado 'Los Mortiños', de propiedad de Ana Casas de Casas. Adquirió mi poderdante el globo de terreno formado de las dos porciones que se acaban de describir por adjudicación que se le hizo la división material que de un globo de tierra de mayor extensión efectuó con el señor Luis Segundo Acosta por medio de la escritura número mil setecientos treinta y seis (1736) de diez y siete (17) de noviembre de mil novecientos treinta (1930), de la Notaría Quinta de este Circuito, registrada bajo el número tres mil seiscientos cuarenta (3640); y anteriormente mi poderdante había adquirido su derecho proindiviso en el globo de mayor extensión por adjudicación que de éste se le hizo en el referido juicio de sucesión del doctor Francisco J. Casas Carrillo.

"c) El globo de terreno ubicado en el sitio de San Rafael y conocido con el mismo nombre de 'San Rafael', compuesto de siete (7) porciones denominadas 'Los Mortiños', 'Llano Largo', 'El Báltico', 'San Isidro', 'La Manga', 'Barrera' y 'Los Cerros', está ubicado en jurisdicción del dicho Municipio de La Calera y determinado por los siguientes linderos: por el Occidente, con el Patronato de Usaquén, desde el nacimiento de la quebrada llamada 'Cascuete' y siguiendo la cuchilla hasta el origen de la quebrada Llano Largo; por el Norte, parte con el mismo Patronato y con la antigua hacienda de 'Aposentos' y con el potrero de 'El Tambor', de la antigua hacienda de 'San Rafael', viniendo por la cuchilla a dar al origen de la quebrada 'Llanito Largo', y siguiendo ésta en su curso natural, aguas abajo, hasta la zanja en que entra en dirección a la cima del cerro de Teusacá y por la cerca que separa el potrero de 'El Tambor' del de 'Barrera'; por el Oriente, con los potreros de 'El Tambor', 'La Vega' y 'El Alizal', de la mencionada antigua hacienda de San Rafael, por una cerca de piedra y luego siguiendo el río Teusacá, aguas arriba, a dar a la confluencia de la quebrada de Cascuete con el río Teusacá; y por el Sur, por el medio del cauce de la quebrada de Cascuete a dar a la cuchilla límite del Patronato de Usaquén, primer lindero. Adquirió mi poderdante el globo de terreno denominado 'San Rarael', que se acaba de especificar, por adjudicación que del mismo se le hizo en el citado juicio

de sucesión del doctor Francisco J. Casas Carrillo, que, como ya se dijo, fue registrado con fechas veinticuatro (24) y veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos veintinueve (1929) y protocolizado en la Notaría Quinta de este Circuito, por medio de la escritura número dos mil ciento noventa y siete (2197) de veintiocho (28) de diciembre de mil novecientos veintinueve (1929).

"De este último globo de terreno se excluyen las siguientes porciones segregadas del mismo mediante las enajenaciones que de ellas hizo posteriormente la señora doña Ana Casas Castañeda de Casas, es a saber:

"Por escritura número seis mil trescientos cuarenta y nueve (6349) de doce (12) de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), de la Notaría Cuarta de este Circuito, cedió a favor del Departamento de Cundinamarca, con destino a la carretera que une los Municipios de Bogotá y La Calera, con un ramal al sitio de Santa Helena, una zona de terreno de anchura de veinte metros, comprendida entre las abscisas K-10-849 y K-12-250, con una longitud de mil cuatrocientos un (1.401) metros, o sea un área total de cuatro (4) fanegadas tres mil setecientas ochenta y una (3.781) varas cuadradas y veinticinco (25) centésimos de vara cuadrada, determinada por los siguientes linderos: por el Oriente, o sea por donde llega hasta el K-12-250, con terrenos de Luis Segundo Acosta; por el Occidente, o sea por donde comienza el K-10-849, con terrenos de Manuel Arias; por el Norte y por el Sur, con propiedades de la señora Ana Casas de Casas.

"Por escritura número tres mil seiscientos diez (3610) de quince (15) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), otorgada en la Notaría Quinta de este Circuito, la misma señora Ana Casas de Casas vendió a la sociedad anónima denominada 'Fábrica de Cemento Samper', una porción de terreno de extensión superficial aproximada de ciento dos (102) fanegadas y tres mil ciento treinta y una (3.131) varas cuadradas, denominada 'Tierra Nueva', y determinada por los siguientes linderos: partiendo de un punto señalado en el plano de que habla la misma escritura, con la letra 'A', situado en la línea eje del cable aéreo de propiedad de la sociedad compradora, que va de La Siberia (Municipio de La Calera), a Contador (Municipio de Usaquén), y sobre el costado oriental, de este mismo predio, de 'Tierra Nueva', cuyos linderos aquí se determinan, se va en línea recta en longitud aproximada de setenta (70) metros y en dirección aproximada también, hacia el sureste, hasta llegar al punto señalado en dicho plano con la letra 'D', situado, como el anterior, en la línea de lindero que separa el predio de 'Tierra Nueva' de las tierras que pertenecieron anteriormente a la finca de 'Aposentos', hoy hacienda de 'El Carmen'; del punto señalado con la letra 'B' se cruza en dirección hacia el Occidente, y se sigue en línea recta paralela al eje del cable aéreo ya mencionado, y en longitud aproximada de mil setecientos noventa y cinco (1.795) metros, hasta llegar al punto señalado con la letra 'C', situado a una distancia de cincuenta (50) metros de la línea eje del mencionado cable aéreo, y al sur de la actual torre número cuarenta y siete (47) del mencionado cable; en el punto señalado con la letra 'C' se cruza en ángulo recto, en dirección aproximada hacia el Sur, y se sigue una línea recta de longitud de cincuenta (50) metros, hasta llegar al punto señalado con la letra 'D'; en el punto señalado con la letra 'D' se cruza de nuevo el ángulo recto, en dirección aproximada hacia el Occidente, y se sigue en línea recta y en longitud de trescientos veinte (320) metros, aproximadamente, hasta llegar al punto señalado con la letra 'E', situado sobre el lindero que separa el predio de 'Tierra Nueva' de las tierras que pertenecen o pertenecieron al Patronato de Usaquén; del punto señalado con la letra 'E' se sigue en línea recta, en dirección Noreste, por dicho lindero y en longitud aproximada de doscientos diez (210) metros, hasta el punto señalado con la letra 'F'; de este punto se sigue también por el lindero en línea recta y en longitud aproximada de cuatrocientos (400) metros hasta el punto señalado con la letra 'G', y de este último punto se continúa por el mismo lindero en línea recta y en dirección al Oriente, en longitud aproximada de setecientos noventa y cinco (795) metros hasta el punto señalado con la letra 'H', y de éste también en línea recta y en longitud aproximada de doscientos cuarenta metros (240) hasta el punto señalado con la letra 'I', lindando desde el punto señalado con la letra 'E' hasta el punto señalado con la letra 'I', con terrenos que pertenecen o pertenecieron al mencionado Patronato de Usaquén; del punto señalado con la letra 'I' se sigue en dirección aproximada hacia el Oriente, por una línea sinuosa y luego por la ribera de la quebrada de 'Llano Largo' hasta el punto señalado con la letra 'J', siendo de advertir que entre el punto 'I' y el punto 'J' la línea del lindero tiene una longitud aproximada de seiscientos cincuenta (650) metros, y finalmente del punto señalado con la letra 'J' se continúa en línea recta, de

longitud aproximada de doscientos ochenta (280) metros y en dirección también aproximada hacia el Sureste, hasta llegar al punto señalado con la letra 'A', que sirvió como punto de partida de esta alinderación, lindando entre el punto señalado con la letra 'J' y este último punto señalado con la letra 'A' con tierras que pertenecieron a la antigua hacienda de 'Aposentos', hoy hacienda de 'El Carmen'. Del punto señalado con la letra 'B' se cruza en dirección hacia el Occidente, y se sigue en línea recta paralela al eje del cable aéreo ya mencionado, y en longitud aproximada de mil setecientos noventa y cinco (1.795) metros, hasta llegar al punto señalado con la letra 'C', situado a una distancia de cincuenta (50) metros de la línea eje del mencionado cable aéreo, y al sur de la actual torre número cuarenta y siete (47) del mencionado cable; en el punto señalado con la letra 'C' se cruza en ángulo recto, en dirección aproximada hacia el Sur, y se sigue una línea recta de longitud de cincuenta (50) metros, hasta llegar al punto señalado con la letra 'D'; en el punto señalado con la letra 'D' se cruza de nuevo en ángulo recto, en dirección aproximada hacia el Occidente, y se sigue en línea recta y en longitud de trescientos veinte (320) metros, aproximadamente, hasta llegar al punto señalado con la letra 'E', situado sobre el lindero que separa el predio de 'Tierra Nueva'' de las tierras que pertenecen al Patronato de Usaquén; del punto señalado con la letra 'E' se sigue en línea recta, en dirección Noreste, por dicho lindero y en longitud aproximada de doscientos diez (210) metros, hasta el punto señalado con la letra 'F'; se sigue de este punto también por el lindero en línea recta y en longitud aproximada de cuatrocientos (400) metros, hasta el punto señalado con la letra 'G', y de este último punto se continúa por el mismo lindero, en línea recta y en dirección al Oriente, en longitud aproximada de setecientos noventa y cinco (795) metros, hasta el punto señalado con la letra 'H', y de éste, también en línea recta y en longitud aproximada de doscientos cuarenta (240) metros, hasta el punto señalado con la letra 'I', lindando desde el punto señalado con la letra 'E' hasta el punto señalado con la letra 'I', con terrenos que pertenecen o pertenecieron al mencionado Patronato de Usaquén; del punto señalado con la letra 'I' se sigue en dirección aproximada hacia el Oriente, por una línea sinuosa y luego por la ribera de la quebrada de 'Llano Largo', hasta el punto señalado con la letra 'J', siendo de advertir que entre el punto 'I' y el punto 'J' la línea del lindero tiene una longitud aproximada de seiscientos cincuenta (650) metros; y finalmente del punto señalado con la letra 'J' se continúa en línea renta de longitud aproximada de doscientos ochenta (280) metros, y en dirección también aproximada hacia el Sureste, hasta llegar al punto señalado con la letra 'A' que sirvió como punto de partida de esta alinderación, lindando entre el punto señalado con la letra 'J' y este último punto señalado con la letra 'A' con tierras que pertenecieron a la antigua hacienda de 'Aposentos', hoy hacienda de 'El Carmen'.

"Por escritura número tres mil seiscientos treinta (3630) de diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), de la Notaría Quinta de este Circuito, la misma señora Casas de Casas vendió a la señorita Alba Marina Rodríguez García un lote de terreno de extensión superficiaria de cinco (5) fanegadas, denominado 'Santa Teresita', marcado en el plano que se agregó al mismo instrumento con la letra 'C' y determinado por los siguientes linderos: por el Norte, separándolo de la hacienda de 'San Rafael', una línea recta desde un mojón situado sobre la cerca que limita por el Occidente la zona de la carretera, en el kilómetro doce (12) más ciento ochenta (180) de la misma, hasta otro mojón a una distancia de doscientos treinta y ocho (238) metros en el extremo occidental de la línea; por el Occidente, separándolo de la hacienda de 'San Rafael', una línea recta perpendicular a la anterior, de una longitud de ciento veintisiete (127) metros, y en cuyo extremo sur hay otro mojón; por el Sur, separándolo del lote marcado con la letra 'D' en el plano de que se habló, una línea que forma con la anterior o lindero occidental un ángulo de ciento veintinueve (129) grados cincuenta y nueve (59) minutos quince (15) segundos y de doscientos setenta y dos (272) metros de longitud, hasta encontrar la cerca que limita por el Occidente la zona de la carretera y donde existe un mojón; por el Este u Oriente, separándolo de la carretera, la cerca que limita por el Occidente la zona de dicha carretera hasta encontrar el primer mojón nombrado, sobre la misma cerca punto de partida. En el plano citado aparecen marcados los rumbos magnéticos y distancias.

"Y por escritura número cinco mil cuatrocientos (5400) de nueve de septiembre de mi novecientos cincuenta y ocho, de la Notaría Quinta de este Circuito, la misma señora Casas de Casas vendió a la señora Alba Marina Rodríguez de Cristini un terreno de extensión superficial de once y media (11½) fanegadas, denominado 'Santa Teresita', y determinado por los siguien-

tes linderos: a partir del punto marcado en el plano protocolizado por la misma escritura con la letra 'A', donde un vallado de piedra encuentra el lindero occidental de la zona de la carretera Bogotá-La Calera en las cercanías del kilómetro trece (13) de dicha carretera, siguiendo el referido vallado de piedra, que tiene un rumbo magnético de setenta y seis (76) grados doce (12) minutos treinta y dos (32) segundos Suroeste, en una longitud de ciento noventa y cuatro metros. De allí, siguiendo una línea recta que forma un ángulo de noventa y tres (93) grados con el vallado, y en dirección Noroeste diez y seis (16) grados cuarenta y siete (47) minutos veintiocho (28) segundos y una longitud de ciento veintiún (121) metros. De allí, en línea recta, formando un ángulo de noventa (90) grados con la anterior y con rumbo magnético de S. trece (13) grados doce minutos treinta y dos (32) segundos Suroeste, una distancia de ciento sesenta y cinco (165) metros. De allí, en línea recta, formando un ángulo de noventa y tres (93) grados con la anterior y con rumbo magnético de S. trece grados cuarenta y siete (47) minutos veintiocho (28) segundos Sureste, una distancia de trescientos veinte (320) metros. De allí, en línea recta, formando con la anterior un ángulo de noventa y ocho (98) grados treinta y cinco (35) minutos once (11) segundos y con rumbo magnético de ochenta y cuatro (84) grados cuarenta y siete (47) minutos cuarenta y tres (43) segundos Noreste, una distancia de cuatrocientos veintiocho (428) metros, hasta encontrar el lindero occidental de la zona de la carretera Bogotá-La Calera. De allí, siguiendo dicho lindero de la zona de la carretera hacia el Norte, hasta encontrar el punto marcado con la letra 'A' en el plano donde se interceptan el lindero de la carretera y el vallado de piedra, punto inicial del lindero. Dentro de estos linderos está comprendido el terreno denominado 'Santa Teresita', marcado con la letra 'C' del plano respectivo que la señora Ana Casas de Casas vendió a la señorita Alba Marina Rodríguez García, luego de Cristini, mediante la ya citada escritura número tres mil seiscientos treinta (3630) de diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

"Deducidas las porciones que se acaban de describir como enajenadas por mi poderdante, según las cuatro escrituras últimamente relacionadas, lo que le queda a la misma señora Ana Casas Castañeda de Casas, del globo de terreno denominado 'San Rafael', descrito en la primera parte del ordinal c) de este parágrafo, tiene una extensión superficial o área de mil cincuenta y cinco (1.055) fanegadas y cuatro mil novecientos sesenta y tres (4.963) diezmilésimos de fanegada aproximadamente.

"Aunque mi poderdante, por medio de la escritura número tres mil seiscientos veintinueve (3629) de diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), de la Notaría Quinta de este Circuito, vendió a la señorita Berta Rodríguez Moncada un lote de forma rectangular de dos y media (2½) fanegadas de extensión, denominado 'El Recuerdo', tomado del mismo globo de terreno de 'San Rafael' de que se acaba de hablar, se advierte que mi poderdante recobró el dominio de tal lote de 'El Recuerdo' en virtud de la retrocompra que de éste hizo a la nombrada Berta Rodríguez Moncada mediante la escritura número dos mil setecientos noventa y uno (2791) de veintiuno (21) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), de la misma Notaría, siendo los linderos de este lote de "El Recuerdo', así recuperado por la actora, señora Casas de Casas, los siguientes: por el Norte, separándolo de la hacienda de 'San Rafael' una línea recta de doscientos (200) metros de longitud que va perpendicular a la dirección del eje de la carretera, desde un mojón situado sobre el borde occidental de la zona de dicha carretera, en el kilómetro doce (12), más seis cientos cuarenta (640), hasta otro mojón en el extremo occidental de la línea; por el Occidente, separándolo de la misma hacienda de 'San Rafael', de propiedad de la señora Ana Casas viuda de Casas, una línea recta, perpendicular a la anterior, que va desde el mojón últimamente nombrado hasta encontrar la cerca que limita la zona de la carretera, y que mide doscientos (200) metros; por el Este u Oriente, separándolo de la zona de la carretera, la cerca que por el Occidente limita dicha zona, hasta encontrar el primer mojón, punto de partida".

La demanda se sustenta en estos hechos:

"*Primero.* Mi poderdante, señora Ana Casas Castañeda de Casas, es propietaria y poseedora inscrita de las fincas sobre que versa la parte petitoria de este libelo, en virtud de las adquisiciones ya referidas en el parágrafo de la misma parte petitoria, y cuyos títulos vuelvo a citar aquí, a saber:

"a) El predio denominado 'San Francisco', o mitad sur de un globo de mayor extensión que se llamaba 'El Páramo', se lo reservó mi mandante en la escritura número tres mil novecientos ochenta y uno (3981) de veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), de la Notaría Séptima de Bogotá, regis-

trada el cuatro (4) de octubre del mismo año a la partida número catorce mil ciento noventa y siete A (14197 A) del Libro número Primero, por la cual vendió la mitad norte del globo de 'El Páramo' a los señores Demetrio Rey, Jorge Rey Rey y José Ignacio Rojas; y anteriormente mi mandante había adquirido la totalidad del mismo globo de 'El Páramo' por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión del doctor Francisco J. Casas Carrillo, registrado con fechas veinticuatro (24) y veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos veintinueve (1929), y protocolizado en la Notaría Quinta de este Circuito por medio de la escritura número dos mil ciento noventa y siete (2197) de veintiocho (28) de diciembre de mil novecientos veintinueve (1929).

"b) El globo de terreno que hizo parte de la antigua hacienda de 'San Rafael', compuesto de la porción denominada 'El Alizal' y de partes de las porciones llamadas 'La Vega', 'San José' y 'Tambor', e integrado por dos lotes especificados individualmente, lo hubo mi mandante por adjudicación que se le hizo en la división material que, de un globo de tierra de mayor extensión, efectúo con el señor Luis Segundo Acosta por medio de la escritura número mil setecientos treinta y seis (1736) de diez y siete (17) de noviembre de mil novecientos treinta (1930), de la Notaría Quinta de este Circuito, registrada a la partida número tres mil seiscientos cuarenta (3640); y anteriormente mi mandante había adquirido su derecho pro indiviso en el globo mayor que fue materia de tal división, por adjudicación que de tal derecho se le hizo en el referido juicio de sucesión del doctor Francisco J. Casas Carrillo, registrado y protocolizado como atrás se dijo.

"c) Y el globo de terreno conocido con el nombre de 'San Rafael', y compuesto de las siete porciones denominadas 'Los Mortiños', 'Llano Largo', 'El Báltico', 'San Isidro', 'La Manga', 'Barrera' y 'Los Cerros', lo hubo mi mandante por adjudicación que del mismo se le hizo en el citado juicio de sucesión del doctor Francisco J. Casas Carrillo, que, como ya se dijo, fue registrado con fechas veinticuatro (24) y veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos veintinueve (1929), y protocolizado en la Notaría Quinta de este Circuito por medio de la escritura número dos mil ciento noventa y siete (2197) de veintiocho (28) de diciembre de mil novecientos veintinueve (1929).

"*Segundo.* El doctor Francisco J. Casas Carrillo adquirió el predio denominado 'El Páramo' por compra a la señora Encarnación Casas de Martínez, mediante la escritura número 1828 de 13 de diciembre de 1922, de la Notaría Cuarta de este Circuito.

"*Tercero.* La señora Encarnación Casas de Martínez había adquirido el mismo globo de terreno llamado 'El Páramo' por compra que hizo a las reverendas Madres Belarmina y Bertilda Casas, según la escritura número 1250 de 28 de noviembre de 1907, de la Notaría Cuarta de este Circuito.

"*Cuarto.* El nombrado doctor Francisco J. Casas Carrillo adquirió la mitad proindiviso de un globo de tierra que hizo parte de la antigua hacienda de 'San Rafael', compuesto de cinco porciones, denominadas 'El Alizal', 'La Vega', 'San José', 'El Asilo' y 'El Tambor', y dos estancias denominadas 'Nuque' y 'El Aliso', por compra a la señorita María Casas Carrillo, mediante la escritura número 1884 de 20 de diciembre de 1922, de la Notaría Cuarta de Bogotá.

"*Quinto.* La señorita María Casas Carrillo había adquirido el mismo globo sobre que versa el hecho inmediatamente anterior, por adjudicación que se le hizo en la caúsa mortuoria de la señora Patrocinio Carrillo de Casas, protocolizada en la Notaría Cuarta de este Circuito por medio de la escritura número 1273 de 2 de diciembre de 1907.

"*Sexto.* El mismo doctor Francisco J. Casas Carrillo adquirió el globo de tierra de 'San Rafael', compuesto de las siete porciones denominadas 'Los Mortiños', 'Llano Largo', 'El Báltico', 'San Isidro', 'La Manga', 'Barrera' y 'Los Cerros', por compras hechas a la señora Encarnagión Casas de Martínez, mediante la escritura número 1828 de 13 de diciembre de 1922, y a la señorita María Casas Carrillo mediante la escritura número 1884 de 20 de diciembre de 1922, otorgadas ambas en la Notaría Cuarta de este Circuito.

"*Séptimo.* La señora Encarnación Casas de Martínez hubo la mitad proindiviso del mismo globo sobre que versa el hecho inmediatamente anterior, por compra que hizo al señor Rafael Casas, según la escritura número 1219 de 18 de noviembre de 1911 de la Notaría Cuarta de este Circuito.

"*Octavo.* La señorita María Casas Carrillo hubo la mitad proindiviso del mismo globo de que tratan los dos hechos inmediatamente anteriores, por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de la señorita María del Carmen Casas, protocolizado en la Notaría Primera de este Circuito, mediante la escritura número 1088 de 8 de junio de 1922.

"*Noveno.* El señor Rafael Casas hubo el derecho proindiviso que vendió a Encarnación Casas de Martínez, según lo expuesto en el hecho séptimo, por compra que hizo a la señora Patrocinio Carrillo de Casas mediante la escritura número 1427 de 26 de julio de 1905, de la Notaría Quinta de este Circuito.

"*Décimo.* Todos los títulos de dominio citados en los ordinales anteriores de esta relación de hechos, derivan del juicio de sucesión del señor Nicolás Casas, quien era propietario de la antigua hacienda de 'San Rafael', de que formaban parte los terrenos sobre que tales títulos versan. Así consta del juicio de sucesión del mencionado señor Nicolás Casas, registrado en julio de 1904, y cuyo expediente corre protocolizado en la Notaría Quinta de este Circuito, por medio de la escritura número 1331 de 1º de agosto de 1904.

"*Undécimo.* El señor Nicolás Casas adquirió la antigua hacienda de 'San Rafael', llamada entonces 'Barrera', por compra que hizo al señor Indalecio Barragán mediante la escritura número 1189 de 11 de junio de 1873, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito, y que fue registrada el 17 de los mismos mes y año a la página 438, partida número 598 del libro número primero. La deuda que a cargo del comprador quedó pendiente en esta escritura fue cancelada por medio del instrumento número 896 de 1879 de la misma Notaría.

"*Duodécimo.* El cambio del nombre 'Barrera' por el de 'San Rafael', pues luego a la antigua hacienda, aparece inscrito en el año de 1880, a la página 95 y bajo el número 101 del Libro número Primero de la Oficina de Registro de este Circuito.

"*Decimotercero.* El señor Indalecio Barragán hubo la hacienda denominada 'Barrera' por compra que hizo al doctor José María Rivas mediante las escrituras números 506 de 14 de marzo y 1186 de 11 de junio, ambas de 1873, y otorgadas en la Notaría Segunda de este Circuito, inscritas en el Libro número Primero de la Oficina de Registro de Bogotá, la primera con fecha 22 de abril de 1873, a la partida número 373, y la segunda con fecha 16 de junio del mismo año, a la partida número 593.

"*Decimocuarto.* El doctor José María Rivas Mejía hubo la misma hacienda de 'Barrera' por compra que hizo al señor Justino González mediante la escritura número 2171 de 26 de diciembre de 1870, extendida en la Notaría Segunda de este Circuito e inscrita en la Oficina de Registro del Circuito de Guatavita, con fecha 30 de diciembre de 1870, a la partida número 423 del Libro número Primero.

"*Decimoquinto.* El señor Justino González hubo la misma finca de 'Barrera' por compra que hizo a la señora María de Jesús Niño, mediante la escritura número 716 de 5 de mayo de 1870, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito e inscrita en la Oficina de Registro del Circuito de Guatavita, con fecha 17 de mayo de 1870, a la partida número 120 del Libro número Primero.

"*Decimosexto.* El señor Bonifacio Espinosa hubo la misma hacienda de Máximo Valerio Ricaurte, a título de permuta, por medio de la escritura de fecha 25 de agosto de 1851, otorgada ante el Notario Segundo de Bogotá y registrada con fecha 3 de septiembre del mismo año, a la partida número 977, folio 126 del correspondiente libro de la Oficina de Registro de este Circuito.

"*Decimoséptimo.* La señora María de Jesús Niño hubo la misma finca de 'Barrera' por compra que hizo al señor Bonifacio Espinosa, mediante la escritura número 242 de 31 de enero de 1866, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito e inscrita en la Oficina de Registro del Circuito de Guatavita, con fecha 24 de febrero de 1866, a la página 12 del Libro número Primero, y nuevamente registrada allí mismo el 3 de julio de 1873 a la partida número 154 del mismo Libro.

"*Decimoctavo.* El señor M. Valerio Ricaurte hubo la misma hacienda por compra a Antonio María Camacho, mediante escritura de 29 de noviembre de 1848, otorgada ante el Notario Primero de esta ciudad, inscrita el 16 de diciembre de 1848 bajo el número 1136, folio 307 del correspondiente libro de la Oficina de Registro de este Circuito.

"*Decimonoveno.* El señor Antonio María Camacho hubo por compra a José María Portocarrero mediante escritura de 19 de noviembre de 1846, otorgada ante el Escribano Público de esta ciudad, señor Joaquín Zapata y Porras.

"*Vigésimo.* El señor José María Portocarrero hubo por compra a Mauricio Rizo, mediante escritura de 30 de mayo de 1843, otorgada ante el Escribano Público de esta ciudad, señor Manuel Mendoza.

"*Vigesimoprimero.* El señor Mauricio Rizo hubo por compra al mismo José María Portocarrero, mediante escritura de 17 de febrero de 1842, otorgada ante el Escribano Público de esta ciudad, señor Joaquín Zapata y Porras.

"*Vigesimosegundo.* El mismo señor José María Portocarrero había adquirido por compra a la señora Concepción Araos de González Manrique, mediante escritura de fecha 12 de octubre de 1841, otorgada ante el Escribano Público de esta ciudad, señor Manuel Mendoza.

"*Vigesimotercero.* Del señor José María Portocarrero hacia atrás, el dominio privado del globo de tierras de que proceden las fincas sobre que versa esta demanda, se remonta hasta las personas que lo adquirieron del Estado, en virtud de títulos otorgados por éste.

"*Vigesimocuarto.* En consecuencia, las fincas de propiedad de mi mandante, doña Ana Casas Castañeda de Casas, especificadas en el parágrafo de la parte petitoria de esta demanda, en su integridad de suelo y subsuelo, salieron del patrimonio del Estado por fuerza de títulos otorgados por éste, con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"*Vigesimoquinto.* Si lo afirmado en los dos ordinales inmediatamente anteriores no fuera admitido o no resultara bastante, sin embargo, los terrenos sobre que versa esta demanda en todo caso fueron económicamente explotados por los antecesores de mi poderdante en la posesión de tales inmuebles, por el lapso legal suficiente a consumar la justa prescripción adquisitiva con anterioridad al 28 de octubre de 1873; y, por lo tanto, el subsuelo de los mismos predios, cuando menos, fue adquirido por los poseedores de esas tierras, a título de justa prescripción y con anterioridad a la fecha últimamente indicada, en virtud de la explotación económica de las mismas.

"*Vigesimosexto.* El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 400 de 21 de abril de 1958, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, registrada bajo el número 871 (Usaquén), formulada por la Texas Petroleum Company el día 17 de agosto de 1956, sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas con 3.000 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de La Calera, Guasca, Sopó, Cajicá, Chía y Cota, en el Departamento de Cundinamarca, y Usaquén, Engativá y Suba, hoy Distrito Especial de Bogotá, y comprendido dentro de los siguientes linderos: (aquí ellos).

"*Vigesimoséptimo.* Los predios sobre que versa esta demanda, en su suelo y en su subsuelo, están dentro del área de la propuesta número 871 (Usaquén) de la Texas Petroleum Company, de que trata el ordinal inmediatamente anterior".

Con el libelo principal, además del poder otorgado por la demandante para el juicio, se acompañaron estos otros documentos: escrituras de adquisición de los terrenos objeto del litigio, por parte de la demandante y antecesores en su dominio; un ejemplar autenticado del "Diario Oficial" número 29683 de 11 de junio de 1958, en el que aparece publicado un extracto del aviso del Ministerio de Minas y Petróleos sobre admisión de la propuesta de contrato número 871, formulada por la Texas Petroleum Company; una copia autenticada del plano de la propuesta en referencia; certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, en relación con la propiedad actual y suficiencia de los títulos de dominio presentados; y, finalmente, una certificación del prenombrado despacho ministerial referente a la admisión de la propuesta en cuestión y a la fecha de vencimiento del término hábil para formular demandas sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero que pueda existir dentro de aquélla.

Al descorrer el traslado de la demanda el señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta su oposición a que se hagan las declaraciones suplicadas en el libelo y expresa, en cuanto a los hechos, que los niega en términos generales.

El juicio se abrió a prueba y durante el término correspondiente se allegaron otros documentos y se practicó una diligencia de inspección ocular a los terrenos objeto del pleito.

Citadas las partes para sentencia, procede ya el pronunciamiento de ésta, y para tal finalidad se considera:

Como ha tenido oportunidad de decir esta Sala de la Corte en numerosas y reiteradas providencias relativas a asuntos en que se debate la propiedad privada del subsuelo petrolífero frente al Estado, antes de entrar al estudio de la validez y eficacia de los títulos antiguos tendientes a acreditar el desprendimiento de determinados terrenos del patrimonio nacional, se impone cerciorarse de si las tierras litigiosas han sido determinadas con precisión.

Por tanto, importa analizar el mérito probatorio de los elementos de convicción traídos al proceso para acreditar dichos extremos de la acción propuesta.

Durante el término probatorio del juicio, a solicitud de la parte actora, se ordenó la práctica de una diligencia de inspección ocular en asocio de peritos, a fin de determinar los siguientes hechos:

"a) La identificación por su situación y linderos de los terrenos sobre que versa la demanda;

"b) Qué extensión territorial, determinándola por límites suficientes, fue abarcada por la merced proveída al señor Lope de Barreda con fecha 23 de noviembre de 1584 y consiguiente diligencia de posesión de 6 de abril de 1585, por la diligencia de posesión a Cristóbal Clavijo de 4 de julio de 1624, y por la merced y confirmación de títulos hechos al mismo Cristóbal Clavijo con fecha 30 de julio de 1630;

"c) Si los terrenos, hoy de propiedad de la señora Ana Casas Castañeda de Casas, especificados en el parágrafo de la parte petitoria de la demanda, se encuentran comprendidos en todo o en parte dentro de la extensión territorial abarcada por las mercedes, confirmación y diligencias de posesión indicadas todas en el ordinal inmediatamente anterior;

"d) Para el caso de que los terrenos hoy de propiedad de la señora Ana Casas Castañeda de Casas, sobre que versa la demanda, no resulten íntegramente comprendidos en la extensión territorial abarcada por las dichas mercedes, confirmación y diligencias de posesión indicadas en el ordinal b) de este punto cuarto, que se determine entonces en cuál o cuáles de los terrenos de las mercedes que se proveyeron a Juan Beltrán de Larrarte con fecha 31 de octubre de 1600, a Nicolás de Troya de 17 de abril de 1546, a Hernando Prado de 27 de julio de 1545 y a Juan Martínez, atrás relacionadas, están comprendidos, en todo o en parte, los terrenos de propiedad de mi poderdante sobre que versa esta demanda;

"e) Si, en consecuencia, los terrenos de mi poderdante sobre que versó la demanda fueron comprendidos en una o más de las extensiones territoriales sobre que versó o versaron cualquiera o cualesquiera de las mercedes y diligencias relacionadas en el ordinal b) de este punto cuarto".

La prueba de inspección ocular se llevó a cabo el 6 de octubre de 1960 por el Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá, comisionado por la Sala, con intervención de los peritos, ingenieros Ignacio Piñeros Suárez y Jorge N. Rodríguez García, el apoderado de la parte actora y el vocero de la Procuraduría General de la Nación. Y durante ella se identificaron por el personal inspector los linderos de los predios a que se contrae la demanda, a saber: el terreno denominado 'San Francisco', con una extensión superficiaria de 384 fanegadas y 3.125 varas cuadradas; el globo de terreno que hizo parte de la antigua hacienda de "San Rafael", compuesto de la porción denominada "El Alizal" y de partes de las porciones llamadas "La Vega", "San José" y "Tambor", con una extensión superficiaria o área total de 165 hectáreas y 920 metros cuadrados; el globo de terreno conocido con el nombre de "San Rafael", compuesto de 7 porciones denominadas "Los Mortiños", "Llano Largo", "El Báltico", "San Isidro", "La Manga", "Barrera" y "Los Cerros". Mas debe advertirse que el examen y reconocimiento de los linderos de los inmuebles mencionados sólo se hizo "a distancia", por estimarse que tal determinación podía lograrse en esa forma.

También expresa el acta que respecto a la extensión territorial abarcada por la merced proveída al señor Lope de Barreda, a que se refiere el punto d) del memorial de pruebas de la parte demandante, "sólo se identificó el antiguo camino que de Santafé de Bogotá conducía a Tunja, por la indicación que de él hicieron los testigos Domingo Murillo y José María Muñoz R., quienes acompañaron al Juzgado en el recorrido que se hizo desde el punto llamado 'La Cita' hasta el puente sobre el río Teusacá. Por este camino cruza ahora la carretera que conduce a Guasca". Más adelante reza el acta que estos mismos testigos, bajo la gravedad del juramento, "manifestaron que el llamado 'Alto de Serrezuela' es el divorcio de aguas que separa la sabana de Bogotá del valle del río Teusacá. Asimismo los testigos identificaron la confluencia de las quebradas de Agua Clara y Serrezuela, así denominadas según su dicho. Esta confluencia se halla situada a una distancia aproximada de 150 metros, aguas arriba, del sitio en que la quebrada Agua Clara atraviesa la carretera".

Los peritos al absolver el interrogatorio que les fuera presentado, y después de manifestar que los predios materia de la demanda fueron identificados por su situación y linderos durante la diligencia de inspección ocular, contestan en la siguiente forma los puntos primordiales que les fueron sometidos a examen:

"... resulta muy difícil comprobar, decimos, que las tierras de 'Barrera' y, por tanto, los terrenos sobre que versa la demanda, de propiedad de la señora Ana Casas viuda de Casas, estén comprendidos total o parcialmente en la merced proveída al señor Lope de Barreda, con fecha 23 de noviembre de 1584, o en la proveída a Juan Beltrán de Larrarte, con fecha 31 de octubre de 1600, o en las otras que se nombran en los ordinales b) y d) del punto cuarto" del memorial de pruebas. "La dificultad se debe a que la muy confusa, imprecisa e incompleta descripción de los linderos de las dichas mercedes, sólo permite afirmar que ellas estaban localizadas en la misma región geográfica del valle del río Teusacá, pero

la referida descripción de los linderos de las dichas mercedes no permite deducir que los terrenos, hoy de propiedad de la señora Ana Casas de Casas, se encuentran comprendidos en todo o en parte dentro de la extensión territorial abarcada por las mercedes concedidas a los señores Lope de Barreda, Cristóbal Clavijo, Juan Beltrán de Larrarte, Nicolás de Troya, Hernando de Prado y Juan Martínez, como se pide en el memorial a que nos hemos venido refiriendo. Creemos imposible, aun con una cuidadosa investigación o trabajo de ingeniería de campo, reconstruír los linderos de las referidas mercedes con base en los datos y descripciones existentes en las escrituras por medio de las cuales se otorgaron y que figuran en el expediente y, por tanto, repetimos que lo único que puede afirmarse claramente es que las dichas mercedes estaban situadas en la misma región geográfica (valle del río Teusacá hasta el divorcio de aguas que separa dicho valle de la Sabana de Bogotá, y aproximadamente desde los nacimientos del referido río Teusacá hasta el punto donde le cae la quebrada Agua Clara, lugar éste situado en la misma zona por donde pasa ahora la carretera que conduce a Guasca, que corresponde en este trayecto al antiguo camino que de Santafé de Bogotá conducía a Tenjo, según testimonio de los testigos que asistieron a la inspección ocular), región geográfica del valle del río Teusacá en que actualmente se hallan situados los terrenos sobre que versa la demanda, de propiedad de la señora Ana Casas Castañeda viuda de Casas".

Para un mejor entendimiento del concepto de los peritos en lo atinente a la imposibilidad de señalar sobre el terreno el área de las tierras de que tratan los títulos antiguos invocados, por solo contener éstos vagos e incompletos datos en cuanto a los alindamientos o localización de tales adjudicaciones, importa indicar la forma como se otorgaron y describen tales terrenos en los documentos primitivos y en otros corridos entre particulares que con aquéllos se relacionan:

a) La merced concedida por el Cabildo de Santafé a Lope de Barreda el 23 de noviembre de 1584 de una estancia de ganado mayor, se le hizo "en tierras de Teusacá..., desde el arroyo que viene del páramo de Teusacá bajada la Serrezuela, como íbamos de esta ciudad camino de Tunja, a mano derecha, e se mida por lindero una estancia que al presente tiene Miguel Francisco, que hubo de Gonzalo Rodríguez de Ledesma, y el arroyo abajo corriendo hacia el río grande de Teusacá, y por lindero asimismo otra estancia que el licenciado Gaspar González e yo (Lope de Barreda) tenemos en los dichos términos...". La posesión de dichas tierras se le dio a Lope de Barreda el 6 de abril de 1585, pues reza la diligencia: "En el campo y valle de Teusacá, términos y jurisdicción de la ciudad de Santafe..., estando en dicho valle a la bajada de la dicha Serrezuela, pasado el arroyo que está a la bajada de ella como se va para la ciudad de Tunja, sobre mano derecha, tomé por la mano al dicho Lope de Barreda y le metí en las tierras y estancia susodicha...".

b) Diligencia de posesión a Cristóbal Clavijo el 4 de julio de 1624 de una estancia de ganado mayor en tierras del pueblo de Teusacá, la cual, según el título de venta que en su favor le otorgara Lope de Barreda, está "después de haber bajado la Serrezuela en el camino que viene de la ciudad de Santafé y va la de Tunja, en donde se juntan dos quebradas de agua, que la una viene del arcabuco a la parte derecha, y la otra a la siniestra, y antes de llegar a estas dos quebradas está una seca que no trae agua". Tal posesión se le dio por el Escribano del Rey "en las referidas tierras de Teusacá, el viejo, donde estaba poblado antes de ahora en el mismo pueblo de Teusacá". Se agrega que este título y posesión "entró en la composición que el Cabildo asentó con el señor Visitador General de esta Real Audiencia, y doña María de Guzmán, viuda de don Cristóbal Clavijo, por mano de don Fernando Clavijo, su hijo; pagó ochenta pesos y medio de la primera paga de la composición de las tierras, consta de la reparación de autos a que me refiero, en Santafé a doce de julio de mil y seiscientos y treinta y cinco años. (Fdo.) *Alonso de Torralba*".

c) Merced de una estancia de ganado mayor otorgada a Juan Beltrán de Larrarte el 31 de octubre de 1600 por Francisco de Sande, Presidente, Gobernador y Capitán General de este Nuevo Reino de Granada, "en tierras que han quedado vacas con la mudada del pueblo de Teusacá de Juan Ruiz Clavijo, que se ha pasado al de Usaquén...". En la posterior carta de venta otorgada por Juan de Larrarte y su mujer, María Arteaga, a favor de Cristóbal Clavijo, referente a dichas tierras, se deslindan éstas, así: "... por una parte con estancia del dicho don Cristóbal Clavijo y por otra hacia el camino real que va de esta ciudad a la de Tunja, hacia la puente del río Teusacá, con todo lo que en dicha tierra está edificado y pertrechos del hato...".

d) Cristóbal Clavijo elevó petición para que se le adjudicaran seis estancias de ganado mayor en "las tierras del sitio y resguardos donde estuvo poblado el pueblo de Indios de Teusacá, mi encomienda, por haberse reducido a el de

Usaquén, donde han estado y están desde el año pasado de seiscientas, las cuales le fueron dadas en merced por don Sancho de Girón, Marqués de Sofraga del Consejo de Su Majestad, al dicho Clavijo el 30 de julio de 1630, "por vía de extensión en el título proveído por el señor Francisco de Sande, Presidente, Gobernador y Capitán General que fue de este dicho Reino, proveído a Juan Beltrán de Larrarte, que es el desuso incorporado de las tierras contenidas en el dicho auto por mí proveído, para que según y como en él se declara las tenga, goce y posea...". La merced se refiere, sin indicación de linderos, a sus estancias de ganado mayor de la medida ordinaria en esta ciudad, que son cada estancia de mil y quinientos pasos de frente y tres mil pasos de largo, más o menos", y fue otorgada el 30 de julio de 1630.

e) Merced de una estancia de ganado concedida por el Cabildo de Santafé a Nicolao de Troya el 17 de abril de 1546, "que es desde la postrera Puente de Teusacá hasta hacia el arroyo hondo y asomado de Teusacá".

f) Carta de venta otorgada en Santafé el 11 de octubre de 1590 por Francisco Hernán Sánchez y Catalina de Troya en favor de Marcos García y Francisca García de la Jara, de una estancia que fue proveída por el Cabildo de esta ciudad a Nicolao de Troya, padre y suegro de los vendedores, y en cuya posesión había sido amparado el precitado Sánchez, apoderado de su mujer, Catalina de Troya, en la causa seguida contra Andrés Serrano, así, según rezan las respectivas diligencias: "... dejados los resguardos a los indios de Teusacá (mandaron) se midiese la dicha estancia de ganado mayor de veinte y cuatro mil pasos en cuadra en el camino que va desde la puente de Teusacá hacia Tunja, dejando el resguardo a las naturales, prosiguiendo por el camino real en la mano derecha hacia Guasca, como consta en el referido auto que notificado a ambas las dichas partes lo consintieron e avisé conforme al dicho auto se hizo la medida y mojones de la dicha estancia de ganado mayor...".

g) Con la presentación de este título de compraventa y mediante el requerimiento del caso, Juan de Párraga, Escribano del Rey y Corregidor del partido de Ubaque de Teusacá, dio posesión a Marcos García de la Jara de dicha estancia, así: "... estando en el camino real desde el cabo de la puente grande del río grande que llaman de Teusacá, jueves que se contaron catorce días del mes de noviembre de mil y quinientos e noventa años, junto a una quebrada donde están tres peñas grandes de la banda de Santafé, las dos peñas, que la una parece teta redonda como piña, y la otra una proa de barco, y el arroyo en medio, y luego la otra peña grande del cabo de hacia Guasca".

h) Merced otorgada por don Lope de Armendáriz, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada, el 22 de noviembre de 1578, a Juan Martínez de una estancia de ganado mayor "en tierra pasada la puente de Teusacá a mano derecha, junto a las peñas grandes que están en el camino real que va de esta ciudad a la de Tunja, que linda con estancia de Serrano, sillero, y por la otra parte del camino con tierras que decían ser de Gonzalo Rodríguez de Ledesma...". Alonso de Ollalla, Alcalde Ordinario, le dio posesión de esas tierras el 21 de diciembre de 1579, por orden del Gobernador, en la parte y lugar que reza el título, "y así estando en los dichos despoblados y en el camino real que va para Tunja, más adelante mucho de la puente del río Teusacá, vertientes a los pantanos que es cerca de las cabezadas de la estancia del dicho Andrés Serrano y dejando en medio un pedazo de tierra que quedó por esguardo a unas rocillas de indios que allí se vieron que dijeron ser indios de Guasca que andaban cimarrones y estando junto a una portezuela que está hecha en el dicho camino real de esta banda hacia Teusacá y mirando hacia lo alto de la sierra a donde parece hace una abra, allí el dicho señor Alcalde tomó por la mano al dicho Juan Martínez y dijo que desde allí se entienda tener y tenga las cabezadas de la dicha estancia, corriendo hacia el camino real en la mano de la derecha hacia la puente del río Teusacá, por ser tierra vaca y sin perjuicio alguno".

i) Litigio entre Fernando Clavijo Venegas y Francisco Rodríguez Galeano sobre tierras que decían poseer uno y otro en el Valle de Teusacá, "a la margen derecha del río del mismo nombre, desde el alto de la Serrezuela, a mano derecha, como vamos de esta ciudad a la de Tunja, hasta el alto del pueblo de Guasca, yendo asimismo desde la puente de Teusacá, a mano derecha del río, siendo lindero el mismo río...", litigio dentro del cual se recibieron declaraciones de varios testigos. En sentencia dictada por la Real Audiencia el 18 de septiembre de 1567, se declaró: "... pertenecer el pedazo de tierra donde está la venta al presente sobre que es este pleito, al dicho don Fernando Clavijo Venegas, y que el último título con que litiga comprende los resguardos y amparos que tuvieron los indios de Teusacá; y en cuanto a lo pretendido por los dichos doña Isabel y doña Inés Calvo, absolvemos y damos por libre al dicho Francisco Rodríguez

Galeano, y por nuestra sentencia definitiva así lo pronunciamos y mandamos sin costas".

j) En la causa seguida por Francisco Rodríguez Galeano con Fernando Calvo y doña Isabel y doña Inés Calvo y Simón de la Sierra, Juan de Esquivel, en razón de tierras, se le certifica al Procurador Judicial del primero de los nombrados por el Escribano Público del Cabildo de Santafé que en los libros del mismo aparece que se hizo un proveimiento de tierras a Hernando de Prado el 27 de julio de 1545, de "una estancia para ganado desde pasada la Serrezuela que va a Teusacá, luego en pasando la dicha cordillera, que se dice como viene de Guatavita hacia el río Teusacá". Y también que en otro cabildo, según lo indica el libro respectivo, se le mercedó al mismo De Prado una estancia para sembrar, "... al pie de la del Capitán Antonio de Olalla, camino de Usme que hubo de Pedro de Gueves e hacia el camino de Usme arriba, y que por una parte alinda con la de Antonio de Olalla y por otra parte linda con la de Aranda".

k) Sentencia definitiva dictada por la Real Audiencia de Santafé, en grado de revista, el 14 de diciembre de 1567, en el pleito por Francisco Rodríguez Galeano con Fernando Clavijo y Simón de la Sierra sobre "un pedazo de tierra en el Valle de Teusacá", mediante lo cual se declaró "... pertenecer el pedazo de tierra donde está la venta al presente sobre que es este pleito, al dicho don Fernando Clavijo Venegas, y que el último título con que ha litigado comprende los resguardos y amparo que tuvieron los indios de Teusacá, según se contiene en dicha sentencia de que suplicó la parte del dicho don Francisco Rodríguez Galeano...".

l) Sentencia dictada el 11 de abril de 1568 por la Real Audiencia y Cancillería del Nuevo Reino de Granada en el litigio entre Francisco Rodríguez Galeano, de una parte, y Fernando Clavijo y Simón de la Sierra, de la otra, sobre tierras de Teusacá, en la cual se declaró "comprender las sentencias de esta Real Audiencia dadas en esta causa hasta la Portezuela que linda con las tierras del término de Guasca por el título de amparo de los indios de Teusacá, que hoy pertenece a don Fernando Clavijo, y así lo proveyeron...".

Ahora bien, para la prosperidad de la acción ordinaria sobre propiedad privada de yacimientos petrolíferos, según se dijo antes y lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, no es suficiente la presentación de títulos válidos de enajenación provenientes del Estado antes de la reserva del Código Fiscal de 1873, sino que es menester comprobar con plenitud "la ubicación de las distintas porciones de terreno a que se refieren los títulos de mercedes y composiciones otorgados por la Corona española (o el acto jurídico proveniente de la República) a favor de los pretendidos causantes de los actuales dueños. Sin ello no podría saberse a ciencia cierta si tal inmueble se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos" (G. J. LIII, pág. 804). Y en el fallo antes citado agrega la Corte, en cuanto al cumplimiento del requisito fundamental exigido por las leyes de la materia sobre determinación precisa de las tierras enajenadas por el Estado, en tratándose de acciones de esta naturaleza, "que una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo, respecto a un área determinada, con la cual dichos títulos se relacionen. Es esencial a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo la determinación del objeto sobre el que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado de tierras que, en virtud de ese acto, pasan al patrimonio de los particulares. Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca efectos, que la extensión territorial se determine y concrete".

En el evento *sub judice* falta la demostración de que se ha hecho anterior mérito, es decir, la real identificación de las tierras desprendidas del patrimonio nacional en virtud de las adjudicaciones coloniales invocadas, por lo cual, de una parte, resulta imposible entrar a definir derechos dominicales sobre cosas imprecisas y carentes de objetividad y, de otra, la anotada falta probatoria impide deducir con certeza si el inmueble objeto de la declaración de pertenencia se encuentra comprendido dentro de las áreas territoriales abarcadas por los títulos primitivos en cuestión.

En efecto, la diligencia de inspección ocular se limitó a dejar testimonio de que, respecto a la posible extensión territorial amparada por la merced proveída al señor Lope de Barreda, "sólo se identificó el antiguo camino que de Santafé de Bogotá conduce a Tunja", según indicación de testigos; pero en dicha visita no se intentó la completa verificación de la efectividad sobre el terreno de la indicada merced de tierras y de las otras adjudicaciones coloniales, relacionando en forma objetiva y cierta los puntos principales y demás datos contenidos en tales títulos antiguos con los actualmente existentes.

Por otra parte, del dictamen pericial se desprende en forma inequívoca lo siguiente: que es

imposible restablecer o "reconstruír" los linderos y las extensiones superficiarias de las tierras mercedadas a Lope de Barreda, Cristóbal Clavijo, Juan Beltrán de Larrarte, Nicolás Trejo, Hernando Prado y Juan Martínez, tales como fueron adjudicadas por las autoridades de la Corona española, por razón de la "confusa, imprecisa e incompleta descripción" de los límites y demás datos contenidos al respecto en dichos documentos antiguos; que la circunstancia de resultar indeterminables las correspondientes estancias a la luz de los vagos alindamientos indicados en los títulos de las mercedes, no permite deducir que los terrenos objeto de la demanda de oposición, hoy de propiedad de la parte actora, estén "comprendidos en todo o en parte" dentro de las adjudicaciones antiguas con que se pretenden amparar aquellos territorios.

No obstante la claridad de las conclusiones a que llega la información pericial, alega el apoderado de la demandante que con ese dictamen "hállase demostrado que las tierras que hoy son de doña Ana Casas de Casas dejaron de ser realengas por virtud de las distintas mercedes de que fueron objeto, las cuales abarcan una extensión extraordinariamente mayor, pues el Valle de Teusacá se extiende desde la cima de Serrezuela hasta las planicies por donde cruza hoy la carretera que va a la población de Guasca, que aparece mencionada en varios de los títulos como límite de algunas de esas mercedes".

Se observa:

Según el dictamen sólo se puede "afirmar" que las referidas mercedes de tierras "estaban situadas" en la vasta región geográfica denominada Valle del Río Teusacá, cuya ubicación general y aproximada enuncian los peritos en su informe, región en donde también se encuentran "los terrenos sobre que versa la demanda, de propiedad de la señora Ana Casas Castañeda viuda de Casas". Pero tal afirmación incidental la subordinan a esta otra y fundamental premisa, reiterada en el estudio que presentan: "Creemos imposible, aun con la cuidadosa investigación y trabajo de ingeniería de campo, reconstruír los linderos de las referidas mercedes con base en los datos y descripciones existentes en las escrituras por medio de las cuales se otorgaron y que figuran en el expediente".

De otro lado, como es obvio, la imposibilidad advertida por los expertos para trazar en el terreno las líneas o términos de los polígonos de cada una de las distintas adjudicaciones coloniales, debido a la insuficiencia y vaguedad que afectan los alindamientos de los títulos originarios, lleva a la necesaria conclusión de que tampoco es identificable, así sea aproximadamente, el área total que en realidad fue adjudicada por las autoridades de la Colonia mediante tales mercedes, por lo cual resulta inadmisible la hipótesis simple de que tales estancias de tierras, no determinadas ni determinables como cuerpos ciertos, puedan a su vez abarcar en su conjunto o llenar el ámbito espacial que comprende la vasta región geográfica denominada Valle de Teusacá, como lo pretende la parte actora. Por último se deduce claramente del dictamen pericial antes transcrito, que si bien las adjudicaciones coloniales en referencia pueden considerarse como situadas en el Valle de Teusacá, no es posible, en cambio, localizar por sus linderos las diversas porciones de tierra materia de esos actos de enajenación por parte del Estado, ni deducir, en consecuencia, que los predios de propiedad actual de la demandante estén amparados, total o parcialmente, por los títulos de las cuestionadas mercedes.

En tal virtud, concluye la Sala que en este negocio no se produjo la plena prueba de la determinación de las tierras litigiosas en relación con los documentos primitivos invocados para acreditar la salida o enajenación de las mismas por actos de las autoridades coloniales.

La pretensión fundamental sobre propiedad privada del petróleo subyacente en los predios a que se contrae la demanda, entre otros hechos, se funda en que aquellos terrenos "están comprendidos dentro del área de la propuesta número 871 (Usaquén) de la Texas Petroleum Company", aceptada por el Ministerio del ramo mediante Resolución número 400 de 21 de abril de 1958, para la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional en un globo de terreno situado en los Municipios de La Calera, Guasca, Sopó, Cajicá, Chía y Cota, en el Departamento de Cundinamarca, y Engativá, Usaquén y Suba, en el Distrito Especial de Bogotá (hechos 26 y 27).

Y en las súplicas pertinentes de la demanda se impetra la exclusión de las áreas correspondientes a las fincas a que se contrae el litigio de la zona abarcada por el perímetro de la propuesta, por cuanto este último invade o cubre los terrenos cuyo subsuelo petrolífero pertenece a la parte actora.

Mas resulta que en el caso *sub judice* —y así lo puntualiza el señor Procurador Delegado en su alegato de conclusión, y aparece de la relación de autos antes expuesta— el mandatario judicial de la demandante, en el escrito de pruebas mediante el cual pidió la práctica de la inspección ocular y el dictamen de peritos, no solicitó el

reconocimiento e información de los expertos sobre el hecho de que los linderos de la propuesta comprendan en todo o en parte los de la parte opositora. La prueba en cuestión, tal como fue pedida y decretada, no tuvo por objeto establecer la circunstancia de dicha superposición. Pero aunque a los peritos no se les pidió en ninguna oportunidad que emitieran concepto a este particular, ellos, de manera oficiosa, dictaminaron "que los terrenos sobre que versa la demanda están íntegramente comprendidos dentro del área a que se refiere la propuesta 871...". Y no puede entenderse que esa cuestión les fuera legalmente sometida a su estudio, en virtud de la sola circunstancia de que en el acta de inspección ocular el apoderado de la parte demandante, a instancia del vocero de la Procuraduría, manifestara "que en lo referente a si la finca determinada por sus linderos se halla ubicada dentro de la propuesta de que trata este juicio, lo deja al concepto de los peritos".

Se infiere de lo anterior que es jurídico el rechazo expuesto en su alegato de bien probado por el señor Procurador del concepto pericial en este particular, el cual basa en las razones antes analizadas.

También la parte actora en la presente demanda pide la declaración subsidiaria de que es particular el dominio del subsuelo petrolífero de las fincas materia del litigio, por cuanto éstas "salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por justa prescripción, en virtud de la explotación económica de que por obra de sus poseedores fueron objeto".

Dice al respecto el mandatario judicial de la demandante: "Por otra parte, los títulos coloniales también acreditan que las mismas tierras fueron objeto de explotación y cultivos. El hecho lo pone de relieve principalmente la merced de tierras y confirmación de otros títulos hecha a Cristóbal Clavijo con fecha 30 de julio de 1630; la diligencia de posesión de tierras de fecha 4 de julio de 1624 y diligencia de composición que el Cabildo asentó con el Visitador General y doña María de Guzmán, viuda de Cristóbal Clavijo, con fecha 12 de julio de 1655; interrogatorio presentado por Cristóbal Clavijo y consiguientes declaraciones recibidas por razón de este interrogatorio; y las sentencias de 1657 y 1658, lo cual se lee con otros documentos de folios 24 a 118 del cuaderno número 2.

"Todos estos documentos establecen, no sólo que las tierras fueran trabajadas siempre, sino también que fueran objeto de providencias de *confirmación* a sus poseedores, que fue uno de los medios a que apelaron las leyes de Indias para legalizar ocupaciones de antigua data, originadas en titulaciones inciertas.

"De manera que no solamente por *mercedes* y *composiciones* las tierras de mi mandante salieron del patrimonio real. También por prescripción, según la Ley 11 de octubre de 1821, tan estudiada por la Corte en varios fallos, principalmente por el del 5 de agosto de 1942, publicado en la *Gaceta Judicial,* Tomo 53, págs. 793 y siguientes".

De nuevo advierte la Sala que con la titulación originaria antes invocada, de la cual se hace provenir la propiedad actual de la demandante sobre los predios litigiosos, no se ha podido establecer en los autos que estos últimos estén comprendidos, total o parcialmente, en los terrenos que los dichos títulos antiguos debían determinar, ya que, según se desprende de la prueba técnica de los peritos al respecto, es imposible deducir de los datos allí contenidos sobre alindamientos los lugares en donde realmente se pudieran ubicar con relativa exactitud los perímetros de las cuestionadas tierras adquiridas por merced o composición, o amparadas por diligencias de posesión, y, por ende, concluír que exista relación alguna de identidad entre los terrenos objeto de la demanda y los descritos en la remota titulación que se les atribuye como origen. Y resulta que la justa prescripción de esos terrenos así alegada, en el caso de que legalmente pudiera hacerse su reconocimiento en este litigio, carece de todo respaldo probatorio, ya que las extensiones territoriales sobre las cuales hubiera podido operarse la prescripción, según el aludido dictamen pericial, resultan indeterminables. Al contestar los expertos el interrogatorio que les fuera sometido en los puntos b) y d), sobre qué extensión territorial fue abarcada, entre otras adjudicaciones que allí se citan, por la merced y confirmación de títulos hechos a Cristóbal Clavijo con fecha 30 de julio de 1630 y por la diligencia de posesión al mismo Clavijo el 4 de julio de 1624 (posesión que fue compuesta el 12 de julio de 1655) , y sobre si las tierras de propiedad actual de la demandante "se encuentran comprendidas en todo o en parte dentro de la extensión territorial abarcada por las mercedes, confirmación y diligencia de posesión indicadas", contestaron que "resulta muy difícil comprobar que las tierras de 'Barrera' y, por tanto, las tierras sobre que versa la demanda, de propiedad de la señora Ana Casas viuda de Casas, estén comprendidas, total o parcialmente, en la merced proveída al señor Lope de Barrero con fecha 23 de noviembre de 1584, o la proveída a Juan Beltrán de Larrarte con fecha 31 de oc-

tubre de 1600, o en las otras que se nombran en los ordinales b) y d) del punto cuarto'' del memorial de pruebas. Y más adelante, al fundamentar la peritación, señalan que la imposibilidad para concretar en el terreno el contenido espacial de aquella titulación antigua y fijar la correspondencia que pueda existir entre los alindamientos que allí aparecen y los que determinan los predios de propiedad actual de la parte actora, se deriva, entre otras razones, de ''la confusa, imprecisa e incompleta descripción'' de los límites y demás datos que en cuanto a identificación se encuentran en dichos documentos primitivos.

Y en lo atinente a las declaraciones de testigos que se recibieron en el litigio promovido en el año de 1657 por Fernando Clavijo contra Francisco Rodríguez Galeano, sobre posesión de tierras, y a las sentencias dictadas por la Real Audiencia en los años de 1567 y 1568, actuaciones todas éstas pormenorizadas en anterior parte histórica del fallo, cabe decir que no se imponen consideraciones de mayor fondo para desestimarlas como prueba demostrativa de hechos de explotación económica de los terrenos en cuestión, y que aquéllas puedan servir de fundamento para entrar a definir el punto relativo a la adquisición de tierras realengas o baldíos por medio de la prescripción adquisitiva, si se tiene en cuenta que las áreas territoriales de que trata tal documentación, por lo menos en este litigio, no se han identificado como cuerpos ciertos y determinables, según se desprende de los elementos probatorios pertinentes ya antes analizados. Además, como lo establecen o deducen los peritos en otra de las conclusiones de su informe técnico, de ''un detenido estudio de las pruebas pedidas y de las presentadas por la parte actora que figuran en los cuadernos número 1 y número 2 del expediente'', resulta que, del año de 1800, ''hacia atrás'', es muy difícil comprobar si las tierras que en este juicio se pretenden como de dominio privado estén amparadas por esa titulación antigua, por ser tan oscuros los alindamientos de las porciones de terreno que ésta relaciona. Por lo tanto, la falta de determinación de las áreas que se pretenden poseídas desde tiempo inmemorial, y también la falta de comprobación de que la propiedad actual de la demandante en el terreno litigioso pueda estar comprendida, en todo o en parte, en aquellas zonas territoriales, llevan a la conclusión de que en los autos no existe fundamento para acceder a la petición subsidiaria formulada en la demanda.

Por último expresan los peritos que la restante parte de la titulación entre particulares presentada por el apoderado de la demandante, permite encontrar lo siguiente: que los linderos descritos en la escritura de 28 de junio de 1828, por medio de la cual José María Rivas vende a José Camilo Manrique las tierras nombradas ''Barrera'', ''Nuque'' y ''Perico'', situadas en jurisdicción de la Parroquia de La Calera, y que el vendedor adquirió por compra a José María Camacho el 8 de mayo de 1826, ''coinciden en parte con los linderos actuales de las tierras de propiedad de la señora Ana Casas viuda de Casas, sobre que versa la demanda, según el plano de dicho terreno que adjuntamos a este informe, y que sirvió de base para la diligencia de inspección ocular, plano presentado por el doctor Arturo Tapias Pilonieta, y que de la descripción de dichos linderos puede deducirse que los terrenos sobre que versa la demanda están íntegramente comprendidos dentro de los linderos de 'Barrera', 'Nuque' y 'Perico' descritos en la referida escritura''. Añaden que ''del examen de esa documentación también se puede deducir que las tierras de 'Barrera' y 'Nuque'' fueron compradas por Santiago Zalamea y José María Camacho a Juan José Tobar y Buendía, mediante escritura de 8 de agosto de 1822, y que este último las hubo por herencia de don Diego Tobar y Buendía, según escritura de partición de 11 de agosto de 1800''.

Antes de analizar la anterior conclusión del dictamen, expresa la Sala que los títulos antes mencionados por los peritos y la larga cadena de estos mismos títulos que se han traído al juicio a partir de la indicada fecha, y los cuales se citan en hechos ya transcritos de la demanda (décimo a vigesimosegundo), son documentos públicos que apenas dan razón de transacciones o actos entre particulares, y que por sí solos, como lo ha dicho la jurisprudencia nacional en múltiples fallos, y al fijar el alcance de las leyes de la materia, no pueden tenerse como suficientes para acreditar que las tierras de que se trata hayan sido del patrimonio del Estado.

De otra parte, si se considera que dichos documentos se han aducido para acreditar una explotación económica que sirva para reconocer el dominio privado del petróleo que pueda hallarse en los predios objeto de la oposición, procede analizar si se encuentran suficientemente determinadas las extensiones territoriales a que se refieren esos títulos privados, y de las cuales se afirma son desmembraciones los lotes de terreno descritos en la demanda.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al comentar este punto de la peritación, lo califica de ineficaz para establecer la exacta ubicación

de las tierras a que aluden tales instrumentos públicos. Y los reparos que formula al informe pericial en cuestión, como medio legal probatorio de ese hecho litigioso, se basan sustancialmente en las siguientes consideraciones, que la Sala comparte:

Desde que se trabó la litis la parte demandada, al referirse a los fundamentos fácticos del libelo sobre pretendida propiedad privada del subsuelo petrolífero por la posesión ininterrumpida de las aludidas tierras, acompañada de la explotación económica, rechaza esos hechos, por lo cual, para comprobar en este juicio tales extremos de la acción propuesta y poder derivar de ellos el derecho a los mismos terrenos por justa prescripción, se imponía la identificación real y precisa de las extensiones territoriales que se dice fueron objeto de aprovechamiento económico por sus poseedores con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ya que sin esa determinación no podría saberse en qué área se consumó aquella explotación.

En la diligencia de inspección ocular practicada en este negocio, según reza el acta respectiva, sólo se hizo el reconocimiento "a distancia" de los linderos de los lotes de terreno de propiedad actual de la demandante, de acuerdo con la descripción que de los mismos contiene el libelo de demanda, pero sin indicarse correspondencia alguna entre éstos y los anteriores que se señalan en los distintos documentos públicos antiguos para las fincas en que pudieron cumplirse actos de explotación económica inmemorial. Tampoco a los peritos, como aparece del auto que decretó la prueba, se les pidió información técnica sobre este fundamental aspecto del litigio, no obstante lo cual oficiosamente emiten el concepto antes transcrito sobre una "coincidencia parcial" entre los alindamientos de las porciones de terreno que son materia del juicio y las del globo de tierras descritas en la escritura de 28 de junio de 1829, y otros títulos anteriores a ésta.

Sustentan, pues, esta afirmación de su dictamen, no en la circunstancia de que se hubiera concretado e identificado, como realidad geográfica y topográfica, el área de terreno explotada económicamente, según los documentos antiguos que citan, sino en el hecho de que los linderos de esa titulación "coinciden en parte" con los que singularizan los terrenos sobre que versa la demanda, de propiedad actual de la demandante, coincidencia que sólo advierten de lo observado en un plano perteneciente a la actora, plano cuya aducción como prueba protestó la contraparte por haberse allegado al proceso fuera de las oportunidades que la ley señala al respecto.

De lo anterior se desprende que "si no se identificaron ni singularizaron los predios que hubieran sido objeto de explotación económica, en su realidad geográfica y topográfica, no es posible dar por establecido este presupuesto o extremo de la acción en forma empírica, subjetiva, por la sola enunciación de los linderos o por otros datos que nominalmente arrojan varios instrumentos públicos allegados al juicio, en que constan operaciones o actos entre personas privadas". De la misma manera se dejó sin determinar "qué correspondencia real existe o puede existir entre los globos objeto del pleito y aquellos otros predios que eran más extensos, encerraban tierras de mucha mayor capacidad superficiaria, ignorándose, por lo tanto, si los que son objeto de la contención formaron verdaderamente parte de aquéllos".

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,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda ordinaria promovida por Ana Casas Castañeda viuda de Casas, materia de esta sentencia, y, en consecuencia, *se absuelve* a la Nación demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

INDICE

SALA PLENA

Páginas

Moción de duelo aprobada en sesión plenaria de 23 de abril de 1963, con motivo del fallecimiento del ex Magistrado de la Corte señor doctor Ignacio Escallón 3

Lista de los Magistrados elegidos para los Tribunales Superiores del país, para el período de 1963 a 1967 3

Moción de duelo aprobada por la Corte Plena en sesión de 30 de mayo de 1963, con motivo del fallecimiento del ex Magistrado señor doctor Antonio J. Pardo 3

Sanciones disciplinarias. Por sentencia de 26 de junio de 1963, se declara que no es el caso de aplicar sanción disciplinária al Magistrado de la Sala de Casación Laboral, señor doctor Luis Alberto Bravo 4

SALA DE CASACION CIVIL

Confesión fuera de juicio y extrajudicial.—Diferencias.—Por sentencia de 18 de abril de 1963, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre pago del valor de unas toneladas de caolín, promovido por Fernando Naranjo Toro contra Pedro Vallejo Peláez y otro.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 5

Servidumbre.—Procedimiento especial de la acción sobre su ejercicio o goce.—El quebranto del artículo 26 de la Carta sólo puede ser indirecto.—Requisitos del cargo por violación del artículo 41 de la Constitución Nacional.—El artículo 471 del Código Judicial no es de carácter sustantivo.—Violación directa de la ley. Por sentencia de 26 de abril de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario promovido por Mercedes Campuzano viuda de Garay y otros contra Alfredo Zea Vélez.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 10

Reivindicación.—El título de dominio y la identidad del bien que se reivindica, como elementos necesarios para la prosperidad de la acción.—Autonomía del sentenciador en la apreciación probatoria de un dictamen pericial. Por sentencia de 30 de abril de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario promovido por José Jesús Ramírez H. contra Sergio Rodríguez B.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 18

La estipulación por otro no es válida en un contrato prohibido por la ley, como es el de compraventa entre el padre y sus hijos menores. Sociedad conyugal.—A la de la Ley 28 de 1932 le es aplicable el artículo 1781, ordinal 5º del Código Civil.—No es oponible a terceros la venta de cuerpo cierto de la comunidad hereditaria.—Las apreciaciones globales de las pruebas no son de recibo en instancia.—Por sentencia de 30 de abril de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reivindicatorio adelantado por Manuel Mesías Villa y otros contra Apolonio Chafuelán Villa.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 25

Sociedades comerciales.—Los actos sobre constitución, reforma o extinción de aquéllas, son inoponibles a terceros cuando se omite su publicidad. Por sentencia de 30 de abril de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario encaminado a obtener el otorgamiento de una escritura, adelantado por Delio Cardoso Barrios contra Carlos Julio Gracia.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 29

Demanda.—Elementos que la integran.—El establecimiento de los hijos naturales es deber de sus padres.—Factores que integran la posesión notoria del estado civil de hijos naturales.—Pluralidad de relaciones sexuales.—Incidencia jurídica de esta excepción.—Por sentencia de 3 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre filiación natural adelantado por María del Carmen Salazar Tascón

Páginas

contra José Joaquín Padilla Tascón, como heredero de Joaquín María Tascón Gómez.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 34

Finalidad del Registro de Instrumentos Públicos. Inscripción de sentencias definitivas.—La que para probar la filiación natural de los actores se aduzca en juicio de petición de herencia, adelantado posteriormente entre las mismas partes que intervinieron en el de filiación, no requiere registro.—Exigencias que deben llenarse en la formulación de un cargo por la causal 1ª de casación.—Por sentencia de 20 de mayo de 1963 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre petición de herencia adelantado por María Sofía Ospina C. contra María Ester Forero viuda de Correa y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 44

Venta de cosa ajena.—Se reitera la doctrina sobre la legalidad de la presentación directa de instrumentos públicos durante el término de pruebas.—Por sentencia de 20 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre resolución de un contrato de venta adelantado por Túlio Echeverri Mejía contra Julio Alfonso Puerta Grisales.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 51

Sentencia inexistente.—La que confirma declaraciones que no contiene la decisión apelada, adolece del mismo vicio de inexistencia.—Condición para que haya propiamente fallo de segundo grado, cuando éste se limita a confirmar el de primero.—Por providencia de 20 de mayo de 1963, proferida en el ordinario sobre resolución de un contrato, adelantado por la Sociedad Betancourt Monsalve y Cía. Ltda., Cacharrería Colombiana y Marquetería "La Elegancia" contra la Sociedad Comercial Inversiones Col-Neón Ltda., la Corte se inhibe de considerar la demanda de casación formulada, y dispone devolver el proceso al Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 56

Certificados del Registrador.—Prevalencia de la realidad que muestran las inscripciones sobre lo que afirmen aquéllos.—Por sentencia de 22 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre nulidad absoluta de un contrato de compraventa, promovido por Juan Alzate Noreña contra Hernando Antonio Uribe Castaño y otra.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 61

Páginas

Obligación de hacer.—Purga de la mora por prórroga del plazo.—Respecto de unas mismas pruebas no puede alegarse, a la vez, error de hecho y de derecho.—Por sentencia de 22 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre pago de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato, promovido por Rafael Molano Olarte contra "Almacenes Sears Roebuck de Colombia".—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 67

Ventas de padres a hijos.—Límite en casación de la autonomía de los juzgadores en la apreciación probatoria.—En la simulación de actos que menoscaban su parte hereditaria el heredero tiene libertad probatoria para acreditar la causa petendi de la acción de prevalencia. Por sentencia de 22 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un contrato de aparente compraventa promovido por Ismaelina del Carmen Rodríguez de Porras y otros contra María del Carmen León de Sánchez y otra.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 70

Relaciones sexuales.—Error de hecho.—Improcedencia del cargo formulado en relación con pruebas no tenidas en cuenta por el juzgador. Por sentencia de 22 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia promovido por Glenis María Ramos, como madre natural del menor José Antonio Cuello Ramos, contra Rosina Sabatino viuda de Cuello y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada ... 77

Impugnación de la paternidad legítima.—Las causas sobre impugnación de la filiación son de la competencia de los Jueces Civiles.—Recepción del Derecho Canónico por la legislación civil.—Por sentencia de 24 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por Juan José Pérez contra el menor Ricardo Pérez Mejía.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 80

Contratos.—Error en que puede incurrir el juzgador en su calificación.—Por sentencia de 28 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre resolución de un contrato promovido por "Ramírez Angel & Cía. Ltda." contra José Vicente Tenjo Maldonado.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 87

Páginas

Pruebas.—Condiciones para que la apreciación de éstas, hecha por el juzgador, pueda ser desestimada en casación.—Por sentencia de 28 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de rescisión por lesión enorme promovido por Sara Zuluaga Cárdenas contra Juan Bautista Zuluaga Cárdenas.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 90

Contrato de adhesión.—El Concurso del 5 y 6. Prueba del caso fortuito.—La acción u omisión del agente autorizado es la de la empresa a quien jurídicamente representa y obliga.—La reformatio in pejus *funda cargo en casación.* Por sentencia de 28 de mayo de 1963, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario encaminado a obtener el pago del valor de los premios de unos formularios "acertados", promovido por Hernando Márquez Arbeláez contra el "Hipódromo de Techo S. A.".—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 95

Diferencias entre la tenencia y la posesión.—No hay incongruencia cuando el fallador decreta la restitución por negar al demandado-poseedor la calidad de tenedor alegada en su defensa.—En reivindicación es deber del actor probar la posesión del demandado.—En la violación directa de la ley no procede el estudio de pruebas.—Qué supone la aplicación indebida de la ley.—Por sentencia de 29 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio adelantado por Eudoro Rodríguez Hernández contra Doroteo de Jesús Aguilar. Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 101

Casación.—La Corte no puede suplir las deficiencias de la demanda.—Por sentencia de 29 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario reivindicatorio promovido por José Noel Crisales contra Ana Rosa López.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco ... 106

Compraventa.—Se rige por la simetría contractual.—Resolución de la compraventa.—La hipoteca en garantía del pago del precio no suprime por sí sola la opción del artículo 1546 del Código Civil, en caso de incumplimiento del comprador.—El procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.—Por sentencia de 30 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa promovido por Jorge Peña Polo contra Hilario Piñeros.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 109

Error evidente de hecho.—Formulado por haberse aceptado la identificación de los predios, que se reivindican, conforme a los títulos del actor, pero no en relación con los títulos de sus tradentes.—Se reitera la doctrina referente a que no existe en la legislación colombiana la denominada posesión inscrita.—Por sentencia de 30 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reinvidicatorio promovido por Juan Martínez contra David Getial y otros.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 114

Contratos.—La declaración judicial de su extinción no afecta a quien no fue citado al juicio. Por sentencia de 31 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa, nulidad y lesión enorme, promovido por María del Tránsito Casallas de Ortiz contra Ismenia Casallas.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 120

Efecto de la falta de técnica en el recurso de casación.—Por sentencia de 31 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el ordinario reivindicatorio promovido por Abel Herrera Losada contra Israel Novoa A.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 124

Radio de acción de la Corte en el recurso de casación.—Inadmisibilidad de la prueba testimonial acerca de contratos mayores de quinientos pesos.—Por sentencia de 30 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre incumplimiento de un contrato de compraventa promovido por José Adán Macías contra Julia Oliva Munar de Gutiérrez.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 128

Partición.—Distribución del patrimonio del causante que deja madre y cónyuge como herederos.—En casación no se pueden formular nuevas objeciones a la partición.—Por sentencia de 4 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el sucesorio de Yolanda Giraldo de Betancourt.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 134

Páginas

Simulación y nulidad.—Las acciones, por personales y declarativas, deben dirigirse contra todos los que intervinieron en los actos que las engendraron.—Por sentencia de 17 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre simulación de unos contratos de venta promovido por Víctor Emilio Jara Afanador contra Ana Isabel Afanador.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 145

Simulación.—Quien negocia a sabiendas del vicio que afecta el título de la persona con quien contrata, no puede oponer su conducta conscientemente errónea al verdadero titular del derecho.—Efectos de la cesión hecha por el beneficiario del título aparente.—Por sentencia de 18 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario reivindicatorio promovido por Mercedes Gómez contra Honorio Vélez Uribe y otro.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 151

Casación.—Es recurso extraordinario y estricto. Condiciones de la demanda.—Por sentencia de 20 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario sobre nulidad de unos contratos de compraventa promovido por Manuel Julián Arévalo F. contra Jerónimo Arévalo Alvarez y otro.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 160

Casación.—La Corte no puede llenar los descuidos de la demanda.—No tiene ninguna trascendencia en el acto partitivo el quebranto del artículo 1374 del Código Civil.—Por sentencia de 25 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio sucesorio de Nazario Montenegro.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 163

Inconsonancia.—Interpretación errónea de la demanda en razón de haberse apoyado el fallo en hecho no alegado.—Cargos éstos formulados contra fallo inhibitorio, por carencia del presupuesto procesal de demanda en forma. Por sentencia de 22 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio promovido por Isabel Martínez de Matiz y otros contra Eutimio Espitia Poveda.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 169

Incongruencia.—Error de derecho en la estimación probatoria de la confesión.—Causal 1ª de casación.—Cargos formulados contra fallo proferido en juicio de pertenencia en que se echó de menos por el juzgador la legitimación en la causa del demandado.—Por sentencia de 26 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio de pertenencia promovido por Josefa Antonia Jiménez Páez contra Félix Antonio Arévalo Ortiz.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 172

Costas judiciales.—Sanción de no ser oído el litigante condenado a ellas mientras no pague su valor.—Alcance de la actuación posterior en que por inadvertencia se oye a la parte que no ha cancelado las costas.—Causal 7ª de casación.—A qué equivale.—Por sentencia de 28 de junio de 1963, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la ocultación de una servidumbre, promovido por Alicia Iregui de Uribe contra Matilde Cabal y otro.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 175

SALA DE CASACION PENAL

Extinción de la acción y de la condena en materia penal.—Tiempo máximo que requiere la prescripción de la acción—Errada interpretatación e indebida aplicación del artículo 105 del Código Penal.—Con fecha 2 de abril de 1963, la Corte declara prescrita la acción penal adelantada contra Hernando Parra Soler por el delito de lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 185

Valor de la prueba indiciaria.—Cuerpo del delito.—El cuerpo del delito en el homicidio. Interpretación del indicio.—Cumplimiento de las garantías constitucionales y legales en el juzgamiento.—Con fecha 3 de abril de 1963, se invalida la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en la causa seguida a Sérvulo Rodríguez Gamboa por el delito de homicidio agravado.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo ... 189

Falsificación de monedas.—Causal segunda.—Tipificación del delito de falsificación de monedas.—Concurso material y concurso formal de delitos.—La estafa y la falsificación de monedas.—Elementos estructurales que caracterizan estos ilícitos.—El delito de falsificación de monedas, en el caso del numeral 4º del artículo 214 del Código Penal, y cuando es medio

Páginas

para obtener un provecho ilícito con perjuicio de tercero, es una estafa especialmente prevista, de vida autónoma.—Bienes jurídicos protegidos por el Código Penal.—Errada interpretación de la ley e indebida aplicación de la misma.—Pena imponible.—Con fecha 4 de abril de 1963, se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Buga, que condenó a Mario Adán Jiménez Castrillón como responsable del delito de falsificación de monedas.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 202

Recurso de revisión.—Ordinal 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.—La irregularidad en el procedimiento no da motivo al recurso de revisión.—Presunción de verdad que entraña la cosa juzgada.—Con fecha 4 de abril de 1963, la Corte niega la revisión del proceso seguido contra el reo Leovigildo Ibagué, condenado por el Tribunal Superior de Ibagué, como coautor del delito agravado de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 210

Estafa.—Daño patrimonial ocasionado mediante engaño malicioso.—Apreciación de documentos como medios probatorios.—Causal segunda de casación.—Gravedad y modalidades del hecho delictuoso.—Oportunidades que se dan a las partes para pronunciarse frente a un dictamen pericial.—Típico caso de estafa. Con fecha 24 de abril de 1963, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, que condenó a Marco Enrique Sarmiento Suárez como responsable del delito de estafa.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 217

Nulidad de carácter constitucional.—C a u s a l cuarta de casación penal.—Sentencia dictada con aplicación del Decreto 0012 de 1959.—Medios de defensa del procesado.—Ley permisiva o favorable al reo.—Razones de la Corte para declarar inexequible parte del artículo 8º del Decreto 0012 de 1959.—Con fecha 24 de abril de 1963, se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Nelson Félix Echeverri como responsable del delito de homicidio agravado.—Magistrado p o n e n t e, doctor Primitivo Vergara Crespo 225

Delito de robo.—La causal cuarta y el examen de pruebas en casación.—Los cargos de curador ad litem y de apoderado no son compatibles.—Derecho de defensa del p r o c e s a d o. "Exploración dactiloscópica".—Prueba pericial como medio adecuado, pero no única, de comprobar el elemento violencia, especialmente en el delito de robo.—Con fecha 29 de abril de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Jesús Antonio Quintero Acosta como responsable del delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 233

Homicidio preterintencional.—Interpretación de veredictos.—Causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.—Requisitos para la existencia del homicidio preterintencional.—En este homicidio, el resultado mortal sobrepasa la intención del sujeto activo del delito, pero este resultado es el efecto necesario de una conducta dolosa que acarrea una sanción penal.—Concepto de responsabilidad penal.—Tesis de la Corte y de la Procuraduría sobre la interpretación del veredicto cuando el Jurado afirma la responsabilidad del acusado, sin la intención de causar la muerte. Con fecha 4 de mayo de 1963, la Corte declara prescrita la acción penal adelantada a Segundo Ducuara Moreno, a quien el Tribunal Superior de Ibagué sentenció por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 239

Crítica del testimonio.—El error ostensible o manifiesto en la apreciación de las pruebas del proceso es el único que da lugar a que prospere la causal segunda de casación.—Función de la Corte en casos en que es protuberante el error.—Con fecha 6 de mayo de 1963, se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, dictada en el proceso seguido a Gilberto Salazar Carmona por los delitos de homicidio y robo.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez . 250

Delitos de homicidio ("en su doble modalidad de perfecto y frustrado, ambos con características de asesinato") y robo "en grado de tentativa". Diligencia de indagatoria.—La iniciativa social en el descubrimiento del delito.—Violación de las formas propias del juicio.—Defensa material y defensa formal.—Nulidades constitucionales o supralegales.—Causal cuarta de casación penal.—Con fecha 6 de mayo de 1963, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en la causa adelantada a Miró Solano Varela y otros como responsables de los delitos descritos anteriormente. Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 278

Páginas

Delito de estafa.—Crítica del testimonio.—Complicidad.—Elementos estructurales del delito de estafa.—Lo esencial en la estafa es que el provecho ilícito se obtenga como resultado de la maniobra que llevó al error a quien hizo la entrega.—Sanciones imponibles al estafador. Con fecha 14 de mayo de 1963, no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, por medio de la cual se condenó a José Gómez o José María García González y a Arturo Reyes o Carlos Gómez por el delito de estafa.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 284

Invocación de nulidad procesal por supuesta incompetencia de jurisdicción.—Amnistiado por el Gobierno Nacional, cuya resolución que ordenaba la suspensión del proceso no fue comunicada a los funcionarios del conocimiento oportunamente.—Con fecha 14 de mayo de 1963, no se invalida la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Neiva, que condenó a Marco Tulio Benítez y otros por los delitos de homicidio y encubrimiento.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo ... 293

La imputabilidad con respecto al delito.—Invocación de la causal cuarta de casación.—Con fecha 14 de mayo de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, que condenó a Gustavo Macías o Sánchez por homicidio. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 297

Homicidio.—Indagatoria asistida por persona ajena a las disciplinas jurídicas.—Las Inspecciones de Policía no están obligadas a llevar libros de inscripciones de abogados.—Petición de nulidad.—Identidad de la víctima.—Con fecha 14 de mayo de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Efraím Morales Niño como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 299

Lesiones personales.—No hay nulidad constitucional por la aplicación de las normas del Decreto 0012 de 1959 a procesos originados en hechos cometidos dentro de su vigencia.—Con el estado de sitio no desaparece la legalidad. El Gobierno no está facultado para expedir ni reformar Códigos en ejercicio del artículo 121 de la Carta.—Cuándo sí está capacitado para suspender leyes comunes y, eventualmente, leyes codificadas.—Finalidad esencial de la causal segunda de casación.—Error del ad quem en la dosificación de la pena.—Con fecha 14 de mayo de 1963, se invalida parcialmente el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior de Buga, en la causa seguida a Jaime Alfonso Arango Cardona por lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 301

Defensa formal en el proceso penal.—Causal cuarta de casación.—Con fecha 14 de mayo de 1963, se invalida parcialmente la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en la causa adelantada a José Miguel Marín Blandón y María Graciela Cañaveral Arenas por los delitos de homicidio, incendio y lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo ... 311

Técnica del recurso de casación.—Situaciones notoriamente incompatibles y opuestas.—Toda demanda de casación debe indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal o causales invocadas.—En las demandas no se pueden proponer conjuntamente peticiones y soluciones contradictorias.—Causales segunda y primera.—Con fecha 18 de mayo de 1963, no se casa la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual se condenó a Cristóbal Alvis Villarraga, como responsable de delitos de lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 316

Homicidio.—Invocación de las causales cuarta y primera de casación penal.—Cuándo puede ser aplicado el procedimiento consagrado en el ordinal 6º del artículo 12 del Decreto 3347 de 1950.—Comprobación de los estados de "enajenación mental" y de "grave anomalía psíquica".—El concepto de defensa en las etapas del sumario y del juicio.—Con fecha 21 de mayo de 1963, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Carlos Enrique Suárez Castro como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres. 323

Recurso extraordinario de revisión.—Su finalidad.—Cuándo procede.—Este recurso tiende a desconocer o dejar sin valor la presunción de verdad que implica la cosa juzgada.—Motivos que podrían dar nacimiento a la revisión de procesos fenecidos.—Error judicial.—Hechos nuevos.—Con fecha 22 de mayo de 1963, la Corte niega la revisión contra la sentencia dictada por el Comando General de las Fuerzas

Páginas

Militares, que condenó a Roberto Salazar Bedoya como responsable de los delitos de homicidio, robo y asonada.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 328

Homicidio agravado.—Declaración espontánea. Ninguna disposición legal ni constitucional establece la prohibición de declarar contra sí mismo o contra sus parientes.—La inexequibilidad del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.—La estimación de los hechos probatorios es objeto propio y exclusivo de la causal segunda y no de la causal cuarta.—Con fecha 22 de mayo de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, que condenó a José de los Angeles Delgado como instigador del delito de homicidio agravado, y a José Manuel Rosas Delgado como cómplice no necesario en la consumación del mismo delito.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 334

Carencia de técnica en la redacción y fundamentación de la demanda.—Con fecha 27 de mayo de 1963, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual se condenó a Ulpiano Pérez Rueda como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 341

Juzgamiento durante la vigencia del Decreto 0012 de 1959.—La aplicación de este estatuto y el derecho de defensa.—Los miembros de la Policía Nacional, por razón del Decreto 1705 de 1960, dejaron de estar sometidos en su juzgamiento por delitos a la justicia penal militar.—Estimación de las pruebas dentro del recurso de casación.—Causal segunda de casación.—Con fecha 29 de mayo de 1963, se desecha el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Evelio García Ospina y Jesús Gómez Arcila por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 344

Ley procedimental aplicable para el juzgamiento por delitos cometidos por Agentes de la Policía Nacional.—Alcance del fuero penal castrense.—La Constitución Nacional no establece fuero sino para los delitos típicamente militares.—Prevalencia del artículo 170 de la Carta en armonía con el 215 ibídem.—Con fecha 29 de mayo de 1963, se desecha el recurso

Páginas

de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, que condenó a Miguel Arturo Hernández Ramírez, Agente de la Policía Nacional, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 353

Error de técnica en la fundamentación de la demanda.—Cuando se contempla lo relativo a la errada interpretación o apreciación de los hechos, debe invocarse en primer término y como principal, la causal 2ª y no la 1ª.—Causal séptima de casación penal.—Con fecha 29 de mayo de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a José Jesús Bermúdez M. como responsable del delito de homicidio agravado.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 356

Homicidio.—Causal cuarta de casación.—Nulidades con relación al derecho de defensa.—Por providencia de 7 de junio de 1963, se desecha el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Eliseo Arbeláez Arcila.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 361

Delito de estafa.—Pena imponible.—Por providencia de 7 de junio de 1963, se desecha el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que condenó a Hernán Bermúdez y otros.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres . 363

Homicidios consumados en circunstancias de simple voluntariedad.—Nada tiene que ver con la causal cuarta de casación, en asuntos en que ha intervenido el Jurado, la apreciación de la prueba.—No hay lugar a quebrantar el derecho de defensa del procesado, cuando el Tribunal le niega pruebas solicitadas ilegalmente. Modalidad de la riña imprevista.—La riña como circunstancia atenuante para el acusado de homicidio, requiere se demuestre que ella FUE PROVOCADA POR EL OCCISO O POR LA VICTIMA DEL DELITO.—Por providencia de 7 de junio de 1963, la Sala Penal de la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, que condenó a Luis Antonio Lizarazo Carreño.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 366

Técnica de la demanda de casación en materia penal.—Situaciones jurídicas notoriamente incompatibles y opuestas.—Con fecha 8 de junio de 1963, la Corte no casa la sentencia del Tri-

Páginas

bunal Superior de Manizales, por la cual condenó a Fabio Franco Vargas como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 372

Causal segunda de casación.—Condiciones para que ésta prospere.—Error protuberante en la apreciación de las pruebas.—Por providencia de 12 de junio de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Abraham González Arboleda por el delito de estafa.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 377

Recurso de hecho.—La Sala Penal de la Corte no tiene competencia para conocer de las providencias que profieran, en segunda instancia, los Tribunales Superiores.—Para que exista la colisión de competencias es esencial que la controversia se haya suscitado entre Jueces y Magistrados, no entre éstos y otra persona que no tenga tal carácter.—Corresponde la decisión a la Sala, únicamente cuando el conflicto queda planteado.—Por providencia de 24 de junio de 1963, la Corte estima bien denegada la apelación de la providencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso seguido a Ildefonso Manrique Sierra, por el delito de detención arbitraria.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez. 383

Delitos contra funcionarios públicos.—El artículo 186 del Código Penal consagra un motivo específico de agravación de la pena y estipula una protección a los funcionarios públicos respecto del ejercicio de su cargo.—Antecedentes de mala conducta del procesado.—Sanciones al delincuente.—La mayor o menor peligrosidad de quien ha delinquido cabe ser establecida, principalmente, en razón de las condiciones personales del agente.—Por providencia de 24 de junio de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a Pedro Pablo Montañez como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 387

Términos procesales.—Para que la demanda de casación surta sus efectos es necesario que llegue a la Corte dentro de los términos legales. Por auto de 24 de junio de 1963, la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Gentil Restrepo Uricoechea por el delito de violencia carnal. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 393

Páginas

Prevaricato.—Estructuración jurídica de este ilícito.—El elemento "a sabiendas" expresa de modo específico el dolo propio del prevaricato. Circunstancias que imponen el sobreseimiento definitivo.—Por providencia de 24 de junio de 1963, la Corte sobresee definitivamente en favor del doctor Guillermo Rey Barrera, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de prevaricato.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 395

Pruebas testimoniales.—Para que prospere la causal segunda de casación, ha repetido la Corte, es necesario que el demandante demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea e indebidamente interpretados por el fallador.—Por providencia de 24 de junio de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado a Hernando Serna Bermúdez por los delitos de homicidio y robo.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 398

Doble delito de robo.—Causales primera, segunda y quinta de casación penal.—Por providencia de 24 de junio de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, que condenó a Arturo Tovar y otro por el doble delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 402

Estupro.—Carácter fraudulento de la promesa de matrimonio en el delito de estupro.—Error en la interpretación de los hechos y en la apreciación de las pruebas que los acreditan. Causales 2ª y 1ª de casación.—Por sentencia de 28 de junio de 1963, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso adelantado a Juan de Jesús Martínez Mondragón por el delito de estupro.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 406

Técnica de casación.—Inaceptable y absurdo planteamiento jurídico del apoderado.—De acuerdo con las normas que regulan el recurso de casación, compete al demandante la demostración de los cargos.—La errada o indebida apreciación de los hechos, como causal para invalidar la sentencia, necesita demostración, en forma que surja evidente el error del fallador.—Causales 2ª, 1ª y 4ª de casación.—Por providencia de 28 de junio de 1963, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bo-

Páginas

gotá, que condenó a Eudaldo Martín Martín y a Camilo Montaña Mahecha por el delito de hurto.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 409

Colisión de competencias positivas entre la justicia penal militar y la ordinaria.—Carácter civil de la Policía y competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y agentes.—Al disponer el Decreto-ley número 1705 que la Policía Nacional deje de hacer parte de las Fuerzas Militares, a las que estuvo incorporada, sus miembros cesaron de estar sometidos a la jurisdicción penal militar.—Constitucionalmente el fuero penal castrense sólo ampara a los miembros en servicio activo del Ejército Nacional.—Para resolver un conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la castrense, debe estarse, ante todo, al contenido del artículo 170 de la Carta.—Por providencia de 28 de junio de 1963, la Corte dirime la colisión de competencia positiva suscitada entre el Comando de la Policía Nacional "Norte de Santander" y el Juez Cuarto Superior de Cúcuta, en el sentido de que corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento del sumario que se adelanta al Agente de la Policía Nacional Carlos Julio Gordillo Peña por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 413

SALA DE CASACION LABORAL

Corretaje. — Mandato. — Técnica de casación. Mérito del testimonio extrajudicial. — La misión del corredor se reduce a poner en contacto a las partes para la celebración del negocio; de ellas emana la declaración de voluntad y no del intermediario, quien, por lo mismo, no actúa como mandatario en representación de quien le confirió el encargo.—Trátese de corretaje mercantil o de corretaje civil, el intermediario adquiere el derecho a la correspondiente remuneración. — Lo que da derecho a la remuneración del mandatario es la prestación del servicio, lo mismo si se trata del mandato civil que del comercial, no el simple acuerdo de voluntades sobre la formación del acto jurídico.—Por sentencia de 6 de abril de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre existencia de un contrato de comisión promovido por Efraín García contra Simón Morales. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 417

Páginas

Reclamación sobre trabajo suplementario y reajuste de prestaciones.—Técnica del recurso de casación.—No es la calificación que haya hecho la sentencia del mérito de una prueba lo que constituye error de hecho, sino la creencia equivocada de que una cosa ha sucedido o no ha tenido ocurrencia.—Por sentencia de 16 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Hilda López Cárdenas contra el Banco Popular —domiciliado en Bogotá.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 421

Cláusula de reserva.—Indemnización de lucro cesante.—Técnica del recurso de casación. Cuando la cláusula de reserva es ineficaz por no haberse utilizado en legal forma, el contrato queda sometido al régimen del plazo presuntivo.—Si la cláusula de reserva, en razón del mal uso de la misma, quedó sin efecto, y en ejecución de ella el patrono pagó al trabajador 45 días de salario, ese pago carece de causa y debe imputarse al valor de la condena por lucro cesante.—Actividades que corresponden al casacionista que alega error de hecho.—La Corte no puede suplirlas de manera oficiosa.—Por sentencia de 20 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Benjamín Ramos contra "Compañía Colombiana de Fumigación Aérea (Fumarco)".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 425

Indemnización moratoria.—Error de hecho en la estimación de pruebas.—No le basta al patrono negar el contrato laboral para quedar a cubierto de la sanción por mora: la negativa debe apoyarse en pruebas que justifiquen su actitud.—Por sentencia de 20 de mayo de 1963, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Arcesio Méndez contra "Asbestospray de Colombia" y otro.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez. 429

Técnica de casación.—Prescripción, interrupción de la prescripción.—Indemnización moratoria. Costas judiciales.—Vacaciones.—Accidente de de trabajo. 1.—Importancia de citar en la demanda de casación de manera completa las disposiciones violadas. 2.—No es la fecha en que se presenta la demanda, seguida de su notificación en debida forma, lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la forma en que se realiza. 3.—Indemnización

Páginas

moratoria y casos en que el patrono puede ser eximido de la sanción por razones de equidad. 4.—Condena en costas y recurso de casación. 5.—Modalidades que presenta el derecho a vacaciones. El derecho al descanso remunerado se hace exigible dentro del año siguiente al de prestación del servicio; el relativo a su compensación en dinero, desde la fecha en que termina la relación contractual de trabajo. Cómputo de la prescripción del derecho, según se trate de una u otra modalidad. 6.—Para declarar probada la excepción de prescripción es forzoso que el Juez investigue antes si el derecho a cuya prosperidad se opone, fue adquirido por el acreedor. Los derechos emanados del accidente de trabajo no nacen en la misma fecha, sino en momentos distintos, según su naturaleza.—Accidente de trabajo y prescripción. 7.—Del accidente de trabajo emanan dos clases de obligaciones: en especie y en dinero. Para saber cuándo se hace exigible el derecho a las prestaciones monetarias debe determinarse primero cuándo nacen a la escena jurídica las prestaciones en especie. Estas se hacen exigibles desde la fecha del accidente, el cual marca el inicial de la prescripción. El derecho a prestaciones en dinero, por incapacidades, depende de la terminación de la atención médica y de la clasificación de las incapacidades por los facultativos correspondientes. 8.—Derechos y obligaciones de las partes en el accidente de trabajo.—Por sentencia de 21 de mayo de 1963, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Luis Carlos Rivera contra "Haciendas Remolino y Santiago" y otros.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 433

Técnica del recurso de casación.—Indemnización moratoria.—Por sentencia de 24 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Hernando Medina Hernández contra la Beneficencia de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 453

Reclamación de honorarios por servicios profesionales de carácter privado.—Normas que rigen la relación sustancial, el procedimiento y la valoración de las pruebas en esta clase de juicios.—Obligaciones solidarias. 1.—Sentido del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo sobre normas de aplicación supletoria. En tratándose de reclamación de honorarios por servicios profesionales independientes, la ley laboral rige la relación procesal, pero no la relación jurídico-sustancial. 2.—En esta clase de juicios el Juez goza de libertad en la estimación de las pruebas. 3.—El mandato y las obligaciones solidarias. 4.—El hecho de que se demande solidariamente contra varios lo que no debe sino uno, no exime a éste de la responsabilidad que le corresponde.—Por sentencia de 25 de mayo de 1963, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Eduardo Díaz Ruiz contra la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y otra.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 457

Demanda de prestaciones e indemnizaciones y contrademanda sobre indemnización de perjuicios.—Cláusulas ilegales sobre terminación del contrato de trabajo.—Técnica del recurso de casación. 1.—Si se alega violación indirecta de la ley, la demanda de casación debe indicar si el error en que se incurrió fue de hecho o de derecho. 2.—No es de recibo en casación derivar la interpretación errónea de la ley de su infracción directa. En qué consiste cada uno de estos dos motivos. 3.—Las faltas graves que las partes tienen derecho a estipular, como justas causas de terminación del contrato, conforme al numeral 8º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, no pueden estar constituídas por un hecho cualquiera. Ilegalidad de la estipulación que sobre este punto fue pactada en el caso de autos.—Por sentencia de 29 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Vranics Jacob contra Angelo Aymar.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 464

Contrato de trabajo con la Administración Pública.—La Universidad Nacional y el concepto de empresa.—Indemnización de perjuicios por ruptura unilateral del contrato.—Técnica de casación.—Medios nuevos. 1.—Sólo los preceptos de derecho material que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas inciden en casación. 2.—No puede considerarse la Universidad Nacional como empresa del Estado. La explotación económica conlleva la idea de lucro, propia de toda actividad mercantil. 3. Comparación entre la aplicación indebida de la ley y su errónea interpretación. 4.—Las relaciones entre la Administración Pública y los servidores del Estado no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo, sino por la legislación anterior a la codificada. 5.—El artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, sobre indemnización

Páginas

de perjuicios por ruptura unilateral del contrato de trabajo, excede los límites de la ley que reglamenta. 6.—Plantear en casación un punto que no ha sido materia de debate en el proceso, constituye un medio nuevo, inadmisible en el recurso extraordinario.—Por sentencia de 31 de mayo de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Víctor J. Acuña contra la Universidad Nacional de Colombia.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 469

Inadmisibilidad del recurso de casación.—La sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva, o sea que implique un pronunciamiento de mérito, esto es, que estime o desestime las pretensiones materia del pleito.—Si la sentencia no llena la exigencia legal de ser "definitiva" por haber dejado imprejuzgada la litis, el recurso de casación no es procedente. Por providencia de 5 de junio de 1963, se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Alejandro o Alejandrino Alvarez V. contra la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer) y otra.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes 476

Auxilio por enfermedad no profesional.—Pensión de invalidez y previa calificación médica. Técnica del recurso de casación. 1.—La infracción directa de la ley se presenta cuando al hecho indiscutido en el juicio la sentencia no aplica la norma legal que lo regula. Es cuestión de hecho saber si existe o no una incapacidad para el trabajo. 2.—La aplicación indebida de la ley presenta dos modalidades: una directa, sin mediar errores de hecho o de derecho, y otra indirecta a través de errores en la actividad probatoria del sentenciador. Requisito formal de la demanda de casación es el de expresar el concepto de la infracción, porque son varios los motivos que pueden conducir a la quiebra de la decisión y diversos sus fundamentos. 3.—Acierta el Tribunal al decir que para decretar la pensión de invalidez se requiere la previa calificación médica. Ni puede esa prueba sustituírse por otra, porque para la hipótesis que se contempla es la establecida por la ley, de obligatoria observancia para el fallador. La inactividad en la producción de una prueba es cuestión extraña a la violación de la ley sustancial, sin incidencia en casación.—Por sentencia de 5 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario laboral promovido por Gabriel Pérez Escalante, como heredero de Domingo Pérez H., contra las Empresas Públicas Municipales de Cúcuta.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 478

Reclamación de salarios y prestaciones.—Suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor.—Prueba de la obligación de efectuar el seguro de vida colectivo.—Interrupción de la prescripción. 1.—No cabe excluir la posibilidad de que ciertos hechos imprevisibles en su aparición y a los que no es dable resistir, impidan durante un tiempo, más o menos prolongado, la ejecución del contrato de trabajo. Ni el ordinal e) del artículo 61, ni el numeral 3º del 51 del Código Sustantivo del Trabajo, pueden entenderse en el sentido de que toda suspensión de actividades que exceda de 120 días da lugar a la terminación del contrato de trabajo. 2.—Empresas obligadas a efectuar el seguro de vida colectivo. A quién corresponde probar que la empresa está obligada a ello. Por sentencia de 7 de junio de 1963, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario laboral promovido por Aurelio Ballesteros, como padre de Samuel Ballesteros, contra la sucesión de Sagrario Fonseca Avella.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 482

Reclamación de salarios, prestaciones e indemnizaciones.—Importancia de la determinación del petitum en la demanda de casación.—Otros varios aspectos sobre técnica del recurso extraordinario. 1.—Determinar con precisión el petitum de la demanda de casación no es formalidad intrascendente susceptible de ser eludida sin consecuencias. La Corte no enjuicia el litigio sino el fallo de segundo grado. Estudia el recurso dentro de los límites que le trace el impugnante, sin que le sea permitido provecr oficiosamente. 2.—Inconsecuente alegación sobre aplicación indebida de los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo. 3.—El error de hecho no se funda en la inapreciación de una prueba, en todo o en parte, sino en que ella demuestre un hecho que la sentencia desconoce o viceversa. 4.—La infracción de una norma legal de modo directo no se vincula a actividades probatorias del sentenciador. Para la viabilidad de un cargo se requiere que el fallo quebrante normas con incidencia en la decisión de derecho, y que ellas hayan sido señaladas por el impugnante. 5.—Violación directa de la ley e indemni-

Páginas

zación moratoria.—Por sentencia de 10 de junio de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Manuel Gustavo Acosta Ramírez contra la Beneficencia de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 489

Reajuste de salarios y prestaciones.—Acumulación de acciones.—Empleados del servicio doméstico y salario mínimo legal.—Técnica de casación.—Reformatio in pejus e indemnización moratoria. 1.—La denominación "trabajadores del servicio doméstico" que para ciertos efectos utiliza la ley, está reservada únicamente a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en un hogar o casa de familia, sin que pueda hacerse extensivo su concepto a labores desarrolladas en una empresa. 2. En qué consiste el error de hecho. 3.—El vicio de la reformatio in pejus como causal de casación. En este evento no se enfrenta propiamente la sentencia contra la ley, sino las dos sentencias de instancia, para determinar o saber si la de segundo grado excedió a la otra en lo desfavorable al recurrente.—Por sentencia de 28 de junio de 1963, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario laboral promovido por Digna Rosa Lizardo Flórez contra "Hotel Mardena", de Magangué.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. ... 494

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Petróleos.—Presupuestos esenciales de la acción.—Determinación de los terrenos mercedados.—Superposición del predio litigioso al área de la propuesta.—Examen analítico de las pruebas allegadas al proceso. 1.—No basta la presentación de un título válido de enajenación emanado del Estado, sino que es indispensable comprobar plenamente la ubicación de los terrenos a que tal título se refiere. 2.—Se hace indispensable igualmente la prueba de la superposición entre el área de la propuesta y el área de los terrenos cuyo dominio se alega.—Por sentencia de 23 de abril de 1963 se niegan las peticiones de la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, promovida por María Cecilia Correa Correa contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 502

Nulidades procesales.—Actos nulos y actos simplemente irregulares.—El dictamen pericial y el error grave.—Distintos medios que prevé el derecho procesal para corregir las irregularidades en que se haya podido incurrir en la tramitación de la causa.—En qué consiste el error grave capaz de desvirtuar un dictamen pericial (art. 720 del C. J.).—Por providencia de 27 de abril de 1963, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el ordinario sobre perjuicios promovido por Daniel Jaramillo Bernal contra el Departamento de Córdoba.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 509

Diligencias ejecutivas contra un funcionario diplomático.—Las competencias no se suscitan de oficio en los asuntos civiles, sino a instancia de parte legítima.—Necesidad de interponer los recursos legales por la vía regular. Por providencia de 15 de mayo de 1963, la Sala se abstiene de resolver sobre la competencia del Juez Municipal para conocer de la demanda ejecutiva presentada por el doctor Alvaro Samper contra el señor Genia Douillet.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 512

Dictamen pericial.—Valor probatorio del trabajo de los expertos.—La prueba pericial nunca se impone mecánica y fatalmente al juzgador. De que la tacha de error grave no sea reconocida no se sigue lógicamente que el dictamen esté debidamente fundamentado y que el juzgador deba acogerlo.—Por providencia de 29 de mayo de 1963, se deniega la reposición interpuesta contra el auto de esta Sala de fecha 13 de febrero del año en curso, proferida en el incidente sobre regulación de los perjuicios reconocidos a favor de Fernando Mosquera y a cargo de la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 515

Petróleos.—Identificación o ubicación de los terrenos mercedados.—Inspección ocular.—Dictamen pericial.—Por sentencia de 30 de mayo de 1963, se deniegan las peticiones de la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero promovida por María Cecilia Correa Correa contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 518

Elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual.—Indemnización de perjuicios con fundamento en la equidad natural. Por sentencia de 10 de junio de 1963, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre indemnización de perjuicios promovido por Ernesto Sanabria

Páginas

Rojas contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 524

Secuestro preventivo.—Objetivo de esta medida respecto de los bienes relictos.—En qué momento cesa el secuestro de tales bienes y reaparece la posibilidad de que recaiga sobre ellos, por causa distinta, una nueva medida cautelar.—Por providencia de 20 de junio de 1963, no se accede a revocar la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el especial sobre venta y adjudicación de bienes hipotecados adelantado por el Departamento de Cundinamarca contra Humberto Arbeláez Arbeláez.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 528

Acción de rescisión por lesión enorme.—Avalúo pericial.—Importancia del avalúo pericial en juicios de rescisión por lesión enorme.—Necesidad de que el avalúo reúna las exigencias legales para que pueda dársele la plenitud del mérito probatorio.—La prueba de testigos no reemplaza a la pericial en materia de avalúos. Por sentencia de 26 de junio de 1963, se absuelve a la Nación de los cargos formulados en el ordinario promovido por Gumersindo Bustamante.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 531

Acción sobre dominio privado del subsuelo petrolífero.—Indeterminación de los terrenos a que se refieren las mercedes invocadas.—Igual indeterminación de las tierras sobre las cuales pudo haberse operado la justa prescripción. Por sentencia de 27 de junio de 1963, se absuelve a la Nación de los cargos que le formuló Ana Casas Castañeda de Casas, por medio de juicio ordinario.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 537

27730-71