REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXVII

BOGOTA, D. E. — IMPRESO EN CANAL RAMIREZ - ANTARES — 1970

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

SALA PLENA

Doctores LUIS FERNANDO PAREDES A., Presidente
EDUARDO FERNANDEZ BOTERO, Vice-presidente
Ricardo Ramírez L., Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

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

MAGISTRADOS: Doctores Flavio Cabrera Dussán
Aníbal Cardoso Gaitán
Gustavo Fajardo Pinzón
Ignacio Gómez Posse
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada V.

SALA DE CASACION PENAL

Doctores SIMON MONTERO TORRES, Presidente
Francisco López C., Secretario

MAGISTRADOS: Doctores Humberto Barrera Domínguez
Samuel Barrientos Restrepo
Eduardo Fernández Botero
Simón Montero Torres
Antonio Moreno Mosquera
Efrén Osejo Peña
Julio Roncallo Acosta
Luis Carlos Zambrano.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores ADAN ARRIAGA ANDRADE, Presidente
Vicente Mejía Osorio, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores Ramiro Araújo Grau
Adán Arriaga Andrade
Luis Alberto Bravo
Luis Fernando Paredes A.
Carlos Peláez Trujillo
Víctor G. Ricardo.

Relator: JOSE EUSEBIO CABRALES PINEDA

Relatores Judiciales Auxiliares: Carlos M. Gutiérrez E. y Diego E. Cristancho M.

Julio-Agosto-Septiembre de 1966

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

TOMO CXVII Bogotá - Colombia Julio, Agosto y Septiembre 1966 Nº 2282

SALA PLENA

Extractos de Jurisprudencia de Sala Plena, a cargo del Relator de entonces, Doctor Luis Ignacio Segura.

LA CORTE RINDE HOMENAJE DE ADMIRACION Y GRATITUD A LOS FUNDADORES, DIGNATARIOS Y SOCIOS DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MEDELLIN, AL CUMPLIR CUARENTA AÑOS DE LABORES.

La Corte Suprema de Justicia, Considerando:

Que hace cuarenta años, distinguidos ciudadanos fundaron el Colegio de Abogados de Medellín, entidad que reune en su seno a ilustres juristas de las distintas regiones del País; —que, en este lapso, el Colegio de Abogados, con celo ejemplar, se ha dedicado a la defensa de la justicia y de la libertad, propugnando el cumplimiento de las leyes, sosteniendo el orden jurídico estatal, vigilando la conducta de las autoridades, en el ejercicio de sus deberes constitucionales y legales, y procurando las medidas necesarias para el perfeccionamiento de la ordenación de la Nación;— que el Colegio de Abogados ha velado, sin descanso, por la moralidad de la profesión de Abogado, denunciando todo hecho que atente contra su prestigio y propiciando, a la vez, cuantos medios se han juzgado útiles y convenientes para su progreso; que esa noble Corporación, en situaciones diversas ha apoyado las iniciativas y tareas de esta Corte y ha salido a la defensa de sus fueros; y— que es un deber hacer reconocimiento público de los servicios que personas o entidades prestan a la Nación, en cualquier campo,-

RESUELVE:

1º.—Rendir homenaje de admiración y gratitud a los fundadores del Colegio de Abogados de Medellín y presentar su nombre y su obra a la consideración de quienes se dedican al ejercicio y culto del Derecho.

2º.—Felicitar muy cordialmente a los dignatarios y socios del Colegio y manifestarles el reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia por la admirable labor que han adelantado en beneficio de las instituciones Jurídicas y de la Profesión de Abogado.

3º.—Enviar copia de esta resolución al señor Presidente del Colegio de Abogados de Medellín y publicarla en la Gaceta Judicial".-

(Resolución aprobada en Sala Plena de agosto 25 de 1966).

MOCION DE DUELO APROBADA EN SALA PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL EXMAGISTRADO DE LA CORTE SEÑOR DOCTOR GERARDO ARIAS MEJIA.

"La Corte Suprema de Justicia registra con profundo pesar la muerte del Dr. Gerardo Arias Mejía, distinguido jurista, profesor universitario, expositor de Derecho y Magistrado que fue de esta Corporación, en la que dejó huellas de su clara inteligencia, de su notable ilustración y de su acendrado amor a la República y hace llegar a su distinguida familia su sentida condolencia.— Comuníquese a la esposa del Dr. Arias Mejía, señora Pastora Villegas de Arias, a su hijo el Dr. Eduardo Arias Robledo y demás familiares, y publíquese en la Gaceta Judicial".

(Agosto 25 de 1966).

LA CORTE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR REGULO NATES CORTES. MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ZIPAQUIRA.

"La Corte Suprema de Justicia deplora el sopresivo fallecimiento del doctor REGULO NATES CORTES, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, cargo que ocupó con decoro y pulcritud ejemplares, y hace llegar a sus deudos, especialmente a su viuda doña Julieta de Nates Cortés, el más vivo sentimiento de pesar.

"Transcríbase en nota de estilo e insértese en la Gaceta Judicial".

(Aprobada en Sesión Plenaria de fecha 29 de septiembre de 1966).

EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEY NUMERO 3281 DE 27 DE DICIEMBRE DE 1963 POR EL CUAL SE MODIFICA EL ARTICULO 2º. DEL DECRETO 1651 DE 1962.

Autorización a la División de Impuestos Nacionales para suministrar al contratista electrónico, informaciones globales sobre renta y patrimonio de los contribuyentes para la correcta determinación de los impuestos.

1.—Comparando el artículo 2º del Decreto Nº.1651 de 1961 con el contenido del Decreto Nº. 3281 de 1963 es fácil observar como éste último modifica el anterior a efecto de que si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contrata para la División de Impuestos Nacionales los servicios de entidades privadas para el procesamiento de datos, liquidación y contabilización de los gravámenes, por sistemas electrónicos, puede suministrar al contratista "informaciones globales sobre la renta y el patrimonio bruto de los contribuyentes, sus deducciones, rentas exentas, exenciones, pasivos, bienes exentos, que fueren estrictamente necesarios para la correcta determinación matemática de los impuestos....", y establece que las entidades con las cuales el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contrate estos servicios, guardarán absoluta reserva acerca de las informaciones que se les suministren, y que en los contratos respectivos se incluirá una sanción suficiente que garantice tal obligación.

La modificación consignada en el Decreto 3281 de 1963 armoniza perfectamente con el contenido y los principios de la norma precedente, en cuanto se señala un procedimiento cuidadosamente ordenado a que se mantenga la reserva garantizada por el art. 2º. del Decreto 1651 de 1961.

Como la técnica ha puesto al alcance de las personas y entidades que en asuntos de contabilización realizan actos iguales o similares a los contemplados por la norma acusada, procedimientos electrónicos que al aparecer simplifican en sumo grado los trabajos correspondientes y contribuyen a la exactitud de las deducciones respectivas, el Decreto 3281 citado no hace otra cosa que autorizar a la División de Impuestos Nacionales para que pueda aprovecharse de estos modernos servicios electrónicos, buscando obtener mayor prontitud en el despacho de trabajo que le corresponde, acompañada también de precisión y exactitud, para fundar las conclusiones a que dicha oficina debe llegar en la liquidación y control de los impuestos.

La ley 21 de 1963 "por la cual se dictan algunas disposiciones en materias fiscales, se dan unas atribuciones y se inviste a Presidente de la República de facultades extraordinarias, conforme a los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional", confiere al Gobierno entre otras facultades extraordinarias la contenida en el artículo 1º, numeral 3º que dice:

"Tercero.—Dictar normas en materia tributaria, a fin de simplificar, ordenar y agilizar la liquidación, registro y control de los impuestos, sin eliminar los recursos de que actualmente gozan los contribuyentes.....".

Esa precisamente realiza el ordenamiento acusado de inconstitucionalidad. No hay en él una extensión de poder en relación con la facultad conferida por la ley 21 de 1963, pues sus disposiciones son normas en materia tributaria para "simplificar, ordenar y agilizar la liquidación, registro y control de los impuestos". No constituyen los términos de la facultad "una norma tributaria", en el sentido estricto de establecer tributos o impuestos, pero esto no lo exige la ley de facultades, ya que según ella, numeral 3º, art. 1º, ley 21 citada, las normas autorizadas deben dirigirse a la simplificación de las liquidaciones y control de los impuestos, y tal objetivo lo cumple el Decreto 3281 de 1963.

2.- Estima la demanda que el Decreto acusado quebranta igualmente el art. 38 de la Constitución Nacional, al pretender que se haga extensiva a la liquidación de impuestos la reserva que ese precepto ordena guardar respecto de las cartas y papeles privados, los que "no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden del funcionario competente, en los casos y

con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales".

Olvida el actor que el propio precepto de la Carta por él mencionado, es además norma expresa y específica que contiene la autorización constitucional a fin de que el Gobierno pueda obtener los datos necesarios para la liquidación de los impuestos.

El mismo art. 38 de la Constitución establece también lo siguiente:

"Para la tasación de impuestos (se subraya) y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos".

Existiendo esta disposición especial, no hay por qué acudir a la otra regla sobre examen de documentos privados que rige cuando se trata de obtener pruebas judiciales.

Con apoyo en disposición expresa de la Carta, como es la parte del art. 38 referente al recaudo de impuestos, y que les da base formal constitucional, se han dictado tanto el Decreto 1651 de 1961 como el Decreto 3281 de 1963.

Ha de advertirse que por el sistema de que trata el Decreto acusado no se sustrae del servicio público la confección de las liquidaciones de impuestos. La realizan funcionarios públicos con la cooperación en el manejo de los aparatos electrónicos, técnicos contratados con el Ministerio de Hacienda en las condiciones y con los requisitos exigidos en el mencionado estatuto legal, dirigidos a mantener la reserva prevista en la ley respecto de los datos contenidos en las declaraciones de renta y patrimonio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, ocho de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución, el ciudadano CARLOS TORRES DE LEON le pide a la Corte que previos los trámites de rigor declare inexequible el Decreto-Ley número 3281 de 27 de diciembre de 1963.

El ordenamiento acusado es del siguiente tenor:

"DECRETO NUMERO 3281 DE 1963

(diciembre 27)

Por el cual se modifica el artículo 2º del Decreto 1651 de 1961.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

En uso de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 1º ordinal 3º de la Ley 21 de 1963,

DECRETA:

Artículo 1º. Cuando el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contrate para la División de Impuestos Nacionales, los servicios de entidades privadas para el procesamiento de datos, liquidación y contabilización de los gravámenes por sistemas electrónicos podrá suministrarles informaciones globales sobre la renta y el patrimonio brutos de los contribuyentes, sus deducciones, rentas exentas, exenciones, pasivos, bienes exentos, que fueren estrictamente necesarios para la correcta determinación matemática de los impuestos, y para fines estadísticos.

En esta forma queda modificado el artículo 2º del Decreto 1651 de 1961.

Artículo 2º. Las entidades privadas con las cuales el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contrate los servicios a que se refiere el artículo anterior, guardarán absoluta reserva acerca de las informaciones que se les suministren, y en los contratos respectivos se incluirá una caución suficiente que garantice tal obligación.

Artículo 3º. El presente Decreto rige desde la fecha de su sanción".

LA ACUSACION

Se formula diciendo que el Decreto acusado viola el numeral 12, artículo 76 y el artículo 38 de la Constitución.

Como razones para fundarla se afirma que el numeral 3º. Art. 1º de la Ley 21 citada dió al Gobierno Nacional precisas facultades extraordinarias para "dictar normas en materia tributaria a fin de simplificar, ordenar y agilizar la liquidación, registro y control de los impuestos..."; que "el decreto acusado no es una norma tributaria, simplemente es una regla normativa para verificar contratos", destinada a permitir el conocimiento de los datos declarados por los contribuyentes en sus declaraciones de renta, facilitando la contratación de servicios electrónicos "pero sin un carácter tributario que pueda marcarse en el procedimiento para simplicar, ordenar y agilizar las liquidaciones". Se agrega que no se expresa

el motivo por el cual los contratistas privados que presten servicios electrónicos deban conocer los datos de los contribuyentes, y que la ejecución de esa operación administrativa debe realizarse dentro del servicio público, por empleados o funcionarios administrativos y no por particulares. Que el sistema establecido por las normas acusadas introduce personal extraño al proceso de la liquidación, dándole a conocer informes y datos de los contribuyentes que son de conocimiento propio de los empleados públicos respectivos, sin que ese personal privado pueda compartir el proceso administrativo de la liquidación, ni responsabilizarse por infracción de la reserva de las declaraciones de renta. Dice asimismo que la disposición acusada incurre en violación de las garantías consagradas por el artículo 38 de la Carta, y que por efecto del decreto que acusa, se pone en conocimiento de contratistas privados los informes derivados de las declaraciones de renta de los contribuyentes en forma detallada y personal, dando la oportunidad para que una entidad privada, mediante caución, "conozca la capacidad económica de los contribuyentes, pueda utilizarla en sus propios negocios y haga del derecho a la reserva de los datos privados una burla o irrisión...". "También, el artículo 38 de la Constitución Nacional consagra que las ampliaciones, supresiones o variaciones de la garantía correspondiente a los informes privados, solamente pueden hacerse por vía judicial o de impuestos mediante la supresión de la reserva por funcionarios públicos que como órganos estatales obran en función del servicio público y nada más. Extender a particulares el conocimiento de los referidos informes es una violación manifiesta del texto constitucional".

Pide finalmente se declare inconstitucional e inconveniente el Decreto 3281 de 27 de diciembre de 1963.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I.—El Decreto acusado Nº 3281 de 1963 dice que por él "se modifica el artículo 2º del Decreto 1651 de 1961".

Conviene examinar esta última disposición para formar concepto respecto a la modificación hecha por el decreto acusado. Aquella norma establece:

"Decreto Nº 1651 de 1961

"Artículo 2º.—La declaración de renta y patrimonio tiene por objeto principal servir de base para la liquidación del impuesto de renta y complementarios, de los recargos y otros impuestos que la ley tiene establecidos para liquidar conjuntamente. Las informaciones que contienen, así como las que se produzcan oficialmente en relación con ellas, están amparadas por la más absoluta reserva y pueden ser utilizadas por los funcionarios de la División de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solamente para el control, recaudo y cobro de los impuestos nacionales, y para informaciones impersonales de estadística.

"Sinembargo, podrá suministrarse copia de ellas o permitirse su inspección ocular en sumarios y juicios penales, cuando la correspondiente autoridad la decrete como prueba en providencia que en lo pertinente debe transcribirse en el respectivo oficio o despacho.

"Para los juicios de filiación natural pueden suministrarse, a petición de autoridad competente, únicamente copia autenticada de las informaciones que figuren en la declaración de renta y patrimonio para solicitar exenciones por concepto de personas a cargo, o del nombre de la persona que figure como cónyuge del contribuyente.

"Podrán suministrarse informes sobre rentas y activos de los contribuyentes a los jueces de ejecuciones fiscales que adelanten juicios ejecutivos para hacer efectivas obligaciones a favor de la nación, siempre que en el respectivo oficio de solicitud se exprese para qué juicio se soliciten los informes.

"Los contribuyentes pueden solicitar expedición de copias o certificaciones respecto de su declaración de renta y patrimonio, examinarlas personalmente, o autorizar a terceros, por escrito presentado personalmente, para inspeccionarlas o pedir copias de ellas".

Comparando el Art. 2º del Decreto Nº. 1651 de 1961 con el contenido del Decreto Nº. 3281 de 1963, (precepto que acaba de transcribirse con el que es materia de la acusación ante la Corte), es fácil observar cómo este último modifica el anterior a efecto de que si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contrata para la División de Impuestos Nacionales los servicios de entidades privadas para el procesamiento de datos, liquidación y contabilización de los gravámenes, por sistemas electrónicos, pueda suministrar al contratista "informaciones globales sobre la renta y el patrimonio bruto de los contribuyentes, sus deducciones, rentas exentas, exenciones, pasivos, bienes exentos, que fueren estrictamente

necesarios para la correcta determinación matemática de los impuestos...", y establece que las entidades con las cuales el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contrate estos servicios, guardarán absoluta reserva acerca de las informaciones que se les suministren, y que en los contratos respectivos se incluirá una caución suficiente que garantice tal obligación.

La modificación consignada en el Decreto 3281 de 1963 armoniza perfectamente con el contenido y los principios de la norma precedente, en cuanto se señala un procedimiento cuidadosamente ordenado a que se mantenga la reserva garantizada por el artículo 2º del Decreto 1651 de 1961.

Como la técnica ha puesto al alcance de las personas y entidades que en asuntos de contabilización realizan actos iguales o similares a los contemplados por la norma acusada, procedimientos electrónicos que al parecer simplifican en sumo grado los trabajos correspondientes y contribuyen a la exactitud de las deducciones respectivas, el Decreto 3281 citado no hace otra cosa que autorizar a la División de Impuestos Nacionales para que pueda aprovecharse de estos modernos servicios electrónicos, buscando obtener mayor prontitud en el despacho del trabajo que le corresponde, acompañada también de precisión y exactitud, para fundar las conclusiones a que dicha oficina debe llegar en la liquidación y control de los impuestos.

La Ley 21 de 1963 "por la cual se dictan algunas disposiciones en materias fiscales, se dan unas atribuciones y se inviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, conforme a los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional", confiere al Gobierno entre otras facultades extraordinarias la contenida en el artículo 1º, numeral 3º que dice:

"Tercero.—Dictar normas en materia tributaria, a fin de simplificar, ordenar y agilizar la liquidación, registro y control de los impuestos, sin eliminar los recursos de que actualmente gozan los contribuyentes....".

Eso precisamente realiza el ordenamiento acusado de inconstitucionalidad. No hay en él una extensión de poder en relación con la facultad conferida por la Ley 21 de 1963, pues sus disposiciones son normas en materia tributaria para "simplificar, ordenar y agilizar la liquidación, registro y control de los impuestos". No constituyen los términos de la facultad "una norma tributaria", en el sentido estricto de establecer tributos o impuestos, pero esto no lo exige la ley de facultades, ya que según ella, numeral 3º, Art. 1º, Ley 21 citada, las normas autorizadas deben dirigirse a la simplificación de las liquidaciones y control de los impuestos, y tal objetivo lo cumple el Decreto 3281 de 1963.

II.—Estima la demanda que el decreto acusado quebranta igualmente el artículo 38 de la Constitución Nacional, al pretender que se haga extensiva a la liquidación de impuestos la reserva que ese precepto ordena guardar respecto de las cartas y papeles privados, los que "no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden del funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales".

Olvida el actor que el propio precepto de la Carta por él mencionado, es además norma expresa y especifica que contiene la autorización constitucional a fin de que el Gobierno pueda obtener los datos necesarios para la liquidación de los impuestos. El mismo Art. 38 de la Constitución establece también lo siguiente:

"*Para la tasación de impuestos* (se subraya) y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos".

Existiendo esta disposición especial, no hay por qué acudir a la otra regla sobre examen de documentos privados que rige cuando se trata de obtener pruebas judiciales.

Con apoyo en disposición expresa de la Carta, como es la parte del artículo 38 referente al recaudo de impuestos, y que les da base firme constitucional, se han dictado tanto el Decreto número 1651 de 1961 como el Decreto 3281 de 1963.

Ha de advertirse que por el sistema de que trata el decreto acusado no se sustrae del servicio público la confección de las liquidaciones de impuestos. La realizan funcionarios públicos con la cooperación en el manejo de los aparatos electrónicos, de técnicos contratados con el Ministerio de Hacienda en las condiciones y con los requisitos exigidos en el mencionado estatuto legal, dirigidos a mantener la reserva prevista en la ley respecto de los datos consignados en las declaraciones de renta y patrimonio.

No prospera pues la demanda, por infracción del artículo 76 numeral 12 de la Constitución, por violación del 38 de la misma, ni de los demás preceptos de la Carta.

La Corte ha tenido en cuenta el concepto presentado en este asunto por el señor Procurador General de la Nación, acorde con las tesis antes expuestas.

RESOLUCION

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el Señor Procurador General de la Nación, declara *exequible* constitucionalmente el Decreto-Ley número 3281 de 27 de diciembre de 1963.

Publíquese, notifíquese, dese aviso de esta decisión al Ministerio de Justicia y al de Hacienda y Crédito Público e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Fernando Paredes, Presidente.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DEL PROCURADOR EN LOS JUICIOS DE INEXEQUIBILIDAD. LA CORTE EN SALA PLENA REPONE EL AUTO SUPLICADO Y ADMITE EL IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Precepto contenido en el artículo 4º de la Ley 96 de 1936, no regula sino los impedimentos y recusaciones del Magistrado, a diferencia del previsto en el artículo 3º. de la misma ley que sí se refiere a todos los impedimentos y recusaciones, con generalidad que incluya los que puedan afectar al Ministerio Público. No existe, por lo tanto, incompatibilidad entre la Ley 96 de 1936, que contiene ambos ordenamientos citados, y el art. 166 del C. J., ni puede tampoco afirmarse que el art. 4º. de aquélla regule íntegramente la materia a que la aludida norma procesal se refiere, pues a ésta se remite parcialmente el art. 3º. de la misma ley. De lo cual ha deducido la Corte, en reiterada jurisprudencia que ahora se reafirma nuevamente, la aplicabilidad del mencionado art. 166 del C. J. a los impedimentos y recusaciones del procurador en los juicios de inexequibilidad.

El "interés" impediente no tiene por qué ser sólo el económico, pues el de naturaleza moral o intelectual puede también perturbar el criterio cuando su entidad exceda a lo normal, ya por las circunstancias de hecho en que se haya exteriorizado con anterioridad a la litis, ya por causas subjetivas que únicamente el funcionario afectado está en capacidad de medir o ponderar. Y en el presente caso, el interés, jurídico que invoca el Procurador General de la Nación no debe entenderse como el muy obvio "de que la Carta no sea violada" sino precisamente en el sentido de que se declare exequible el acto en cuya preparación intervino.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Al descorrer el traslado de la demanda formulada por el ciudadano Oscar José Dueñas Ruiz para que la Corte declare exequibles la parte final del art. 2º. y el art. 69 del Decreto 528 de 1964 y los arts. 6º. y 109 del Decreto 1356 del mismo año, así como el art. 1º. de la ley 27 de 1963 en cuanto sirvió de base a dichos ordenamientos, el Procurador General de la Nación Dr. Gustavo Orjuela Hidalgo, se declaró impedido para intervenir en el respectivo juicio. Fundó su impedimento en el art. 4º. de la ley 96 de 1936, por haber conceptuado sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, a cuya preparación colaboró personalmente, y en el 166 del C. J., por tener "interés de tipo jurídico" en el resultado de la acción pública intentada contra ellas.

El magistrado ponente no admitió el impedimento, por considerar que el art. 4º. de la ley 96 de 1936, "dada la generalidad de sus términos iniciales, reglamenta toda la materia de los impedimentos y recusaciones que puedan aducirse en las acciones de inexequibilidad, y excluye al señor Procurador General de la Nación de la posibilidad de que respecto de él se presenten tales fenómenos procesales"; que, "como disposición especial que es, deroga, en lo atinente a la acción de inconstitucionalidad, la regla del art.166 del C. J."; que, aún en el supuesto de que esta última norma fuera aplicable, "no se alcanza a ver qué interés podría tener" el Dr. Orjuela Hidalgo en las resultas del juicio, a no ser "el de que la Carta no sea violada", el cual "evidentemente no pudo ser el contemplado por el legislador en el art. 166 en comento", y que, finalmente, "no hay motivo de orden superior que permita, por vía jurisprudencial, crear una causal de impedimento no prevista expresamente en la ley".

Contra esa decisión del ponente interpuso en su oportunidad recurso de súplica el Dr. Orjuela Hidalgo, recurso que, coadyuvado además por el actor, se procede a resolver previas las siguientes consideraciones:

El art. 3º de la Ley 96 de 1936 previene que "en la tramitación de los asuntos a que se refiere el art. 30 del C. J. (o sean, objeciones ejecutivas por inconstitucionalidad de actos legislativos y acción pública de inexequibilidad), no habrá más incidentes que los de impedimentos y recusaciones". Y el art. 4º reza: "En los mismos asuntos no habrá más causales de impedimento y recusación que haber conceptuado el *Magistrado* (se subraya) sobre la constitucionalidad de la disposición acusada, haber dictado dicha disposición, haber sido miembro del Congreso que la dictó o estar dentro del cuarto grado de parentezco de consanguinidad o segundo de afinidad con el demandante o con su apoderado".

Resulta claro que este último precepto no regula sino los impedimentos y recusaciones de "el Magistrado", a diferencia del anterior, que sí se refiere a todos los impedimentos y recusaciones, con generalidad que incluye los que puedan afectar al Ministerio Público. No existe, por lo tanto, incompatibilidad entre la ley 96 de 1936, que contiene ambos ordenamientos citados, y el art. 166 del C. J., ni puede tampoco afirmarse que el art. 4º de aquella regule íntegramente la materia a que la aludida norma procesal se refiere, pues a ésta se remite parcialmente el art. 3º de la misma ley. De lo cual ha deducido la Corte, en reiterada jurisprudencia que ahora se reafirma nuevamente, la aplicabilidad del mencionado art. 166 del C. J. a los impedimentos y recusaciones del Procurador en los juicios de inexequibilidad.

De otro lado, el "interés" impediente no tiene por qué ser sólo el económico, pues el de naturaleza moral o intelectual puede también perturbar el criterio cuando su entidad exceda a lo normal, ya por las circunstancias de hecho en que se haya exteriorizado con anterioridad a la litis, ya por causas subjetivas que únicamente el funcionario afectado está en capacidad de medir o ponderar. Y en el presente caso, el interés jurídico que invoca el Dr. Orjuela Hidalgo no debe entenderse como el muy obvio "de que la Carta no sea violada", sino precisamente en el sentido de que se declare exequible el acto en cuya preparación él intervino.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— repone el auto suplicado y en su lugar admite el impedimento manifestado por el Dr. Gustavo Orjuela Hidalgo, Procurador General de la Nación, y designa al Procurador 1º Delegado en lo Civil, como Procurador ad-hoc, a fin de que reciba el traslado del presente negocio y emita el concepto pertinente.

Dése cuenta al Gobierno de esta designación, posesiónese al nombrado y notifíquese.

Luis Fernando Paredes A., Presidente.

Aldán Arriaga Andrade, Enrique López de la Pava, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Samuel Barrientos Restrepo, Antonio Moreno Mosquera, Luis Alberto Bravo, Efrén Osejo Peña, Flavio Cabrera Dussán, Carlos Peláez Trujillo, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo C. Posada, Gustavo Fajardo Pinzón, Víctor G. Ricardo, Eduardo Fernández Botero, Julio Roncallo Acosta, Ignacio Gómez Posse, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONSTITUCIONALIDAD DEL JUZGAMIENTO POR CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

La Corte declara la exequibilidad de los artículos 1º., 3º., 8º y 9º del Decreto Legislativo número 1290 de 21 de mayo de 1965. - Manifiesta conexidad de las normas del Decreto acusado con el restablecimiento del orden público.

1.- Aplicando la doctrina expuesta por la Corte en sentencia de 13 de junio de 1945, ratificada por la del 16 de agosto de 1948, a la demanda sobre inexequibilidad del Decreto 1290 de mayo de 1965, se tiene que el artículo 121 de la Carta dispone que, una vez que se declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella, mediante el Decreto dictado con las formalidades prescritas en la misma forma y en el artículo 122, el Presidente de la República queda investido además de las facultades que le confieren las leyes, de "las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones".

De modo que para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un decreto de esta especie la Corte debe examinar si existen normas legales que autoricen las medidas tomadas en él, y si la Carta contiene preceptos que las respalden. Sólo a falta de facultades legales, debe acudirse a las reglas del Derecho de Gentes o Ley Marcial.

2.- La ley 141 de 1961, en la cual está incorporado el decreto extraordinario 253 de julio de 1958, la que autoriza al Gobierno, cuando lo estimare conveniente en época de guerra o de conmoción interior, para disponer que todos los delitos de competencia de la justicia militar se juzguen por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, entre los cuales figuran los delitos contra la existencia y seguridad del estado, contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del estado, que estan incluídos en los dos primeros grupos del artículo 1º. del decreto tachado de inexequibilidad; y para ordenar que los delitos de competencia de la justicia ordinaria, se juzguen por el mismo procedimiento. Esto significa que el Presidente de la República, en uso de los poderes que le confiere el artículo 121 de la ley suprema, por consecuencia de haber declarado turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República por Decreto 1288 de 21 de mayo de 1965, obró dentro de la órbita del mismo art. 121 para dictar el Decreto acusado, al establecer que la justicia penal militar conozca durante el estado de sitio no sólo de los delitos sancionados en el código militar sino los demás que especifica como definidos y sancionados en la ley penal común, de las conexas con éstos, de los estados antisociales también determinados, y de los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión. En suma que existen disposiciones legales que facultaban al gobierno para dictar el decreto tachado y para suspender las normas contrarias a él.

3.- El artículo 170 de la Carta estatuye que de los delitos cometidos por los militares en servicio y en relación con el mismo servicio conocerán las Cortes Marciales o Tribunales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Hay en este precepto la consagración del fuero militar, en razón del cual los miembros del ejército nacional por los delitos que cometen estando en servicio y por razón del mismo servicio serán juzgados de acuerdo con las normas del Código Penal Militar y por los Jueces, Cortes o Tribunales creados por el mismo estatuto. Este fuero es privativo de los favorecidos con él tanto en tiempo de paz como en tiempo de alteración del orden público. La creación de estos tribunales como parte de la rama del poder público encargada de administrar justicia, la autoriza no solamente la norma que se comenta sino también el art. 58 de la Constitución, que al lado de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de Distrito como entidades que administran justicia, designa a "las demás tribunales y juzgados que establezca la ley". Puede decirse entonces que los Consejos Verbales de guerra, creados por el Código Penal Militar en el Decreto 250 de 1958 y la ley 141 de 1961, tienen su respaldo en los arts. 170 y 58 de la ley de leyes. Pero el primero de estos preceptos no ha de interpretarse en el sentido de que la jurisdicción y competencia concedida a los tribunales militares sea tanto en la situación de normalidad como en la de anormalidad privativa de los militares, y que no puede extenderse jamás a los civiles o particulares, porque los términos claros que emplea no autorizan tal sentido, y porque su aplicación debe hacerse en armonía

cor el 61, que dice: "Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política y la judicial o la militar".

Sobre la vigencia de este artículo, la Corte en sentencia de diez y nueve de abril de 1955, proferida en Sala Plena y por unanimidad, expuso: "Surgen pues los poderes en el estado de emergencia de la relación en que han de hallarse dos mandatos o grupos de tales, consagrados en la Constitución: el que otorga al Presidente facultad extraordinaria dirigida a la guarda del orden público, y que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado.

"Por la redacción de varios preceptos de la ley Suprema, hay normas suyas que contienen limitaciones al legislador, respecto de los derechos individuales y sociales y la organización del Estado, que rigen en tiempo de paz y otras especiales para tiempo de guerra o de perturbación del orden. En tiempo de guerra el Gobierno impone contribuciones (art. 43), puede hacer expropiaciones sin previa indemnización, decretadas por autoridades que no pertenezcan a la rama judicial (art.33); suspender la libertad de prensa (art. 42); prohibir la circulación de impresos por los correos (art. 38); ejercer simultáneamente la autoridad política y la judicial o la militar (art. 61). Las disposiciones de la Carta que se han citado fueron redactadas, como en ella se expresa, para tiempos de paz o normalidad, lo que autoriza entender que no rigen en casos de turbación del orden público. Es decir que entonces las garantías y derechos que ellas protegen no rigen en estado de sitio" (G. J. T. 80 pág. 6).

Aplicando esta doctrina al decreto 1290, en cuanto dispone que, mientras dure el estado de sitio, la justicia militar además de los delitos establecidos en el código sobre la materia conocerá de los delitos sancionados por la ley penal común, determinados en el mismo decreto, y de las conductas antisociales a que se refieren los arts. 29, 31, 30, 33 del Decreto ley 1699 de 1964; y que su investigación y juzgamiento se hará por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, se concluye que el decreto no viola el art. 61, porque si su vigencia está limitada al tiempo de paz o normalidad y se suspende durante el estado de sitio por guerra o conmoción interior, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el art. 121, está autorizado para atribuir a la justicia militar el ejercicio de la autoridad judicial, es decir, el conocimiento de los delitos sancionados por el derecho penal ordinario y de competencia de los jueces comunes, lo mismo que el esclarecimiento y fallo de las conductas antisociales.

No violando el Decreto 1290 ninguno de los artículos 170, 58 y 61, tampoco puede decirse que infringió el 55, que consagra el principio de la separación y armonía de las ramas del poder, puesto que, si los tribunales militares hacen parte de la rama jurisdiccional, por cuanto administran justicia en virtud de los arts. 170, que crea la jurisdicción o justicia militar, el 58 que atribuye la administración de justicia, fuera de la Corte Suprema y de los Tribunales Superiores, a los demás tribunales establecidos por la ley, la autorización implícita del art. 61 al Gobierno para que en tiempo de anormalidad pueda disponer que la justicia militar conozca también de los delitos comunes, es el cumplimiento del querer del mismo constituyente, que con gran acierto previó el que en circunstancias de guerra o conmoción interior fuera necesario para restablecer el orden, dar atribuciones a la justicia militar para conocer no sólo de los delitos cometidos por los militares en servicio, sino de infracciones comunes. No puede decirse que la justicia militar invada zonas de la justicia ordinaria, sino que amplía su competencia para juzgar los delitos comunes por autorización de la misma Carta.

En el fallo por el cual se declaró inconstitucional el artículo, que confería a ciertos jueces de instrucción nombrados por el ejecutivo con destino a zonas de violencia, jurisdicción y competencia para fallar en el fondo sobre determinados delitos, la Corte consideró que el art. 61 de la Constitución no autorizaba al Gobierno "para suplantar en cualquier grado la actividad jurisdiccional de la República, que "es evidente el desvío de poder cuando se confiere a las autoridades políticas la función de administrar justicia, constitucionalmente propia de los jueces, mientras la perturbación en los hechos no sea de tal naturaleza grave que objetivamente los jueces no puedan cumplir su función privativa de administrar justicia". La posición de la Corte en este fallo era obvia: Defender la jurisdicción, porque los llamados jueces de instrucción no eran jueces.

La situación ante el decreto 1290 de 1966 es diferente: No se trata de investir a las autoridades administrativas o políticas de la jurisdicción, sino de agregar a una jurisdicción especial ya establecida por la misma constitución y la ley, el conocimiento de unos delitos de competencia de la jurisdicción común, por la razón determinante de que el Presidente de la República estimó que la jurisdicción militar es más conveniente que la ordinaria, en relación con determinados delitos, cuya ejecución en el actual momento perturbaba gravemente la moralidad pública.

La ley marcial envuelve el poner en unas solas manos la autoridad política y la civil o militar. Ello no ocurre en el caso en estudio, el Jefe político o administrativo no aplica el Decreto 1290 de 1965.

Todos los delitos que el art. 1º. del Decreto 1290 trasladó al conocimiento de la justicia penal militar son "los definidos y sancionados en la ley penal común", es decir, en la ley 95 de 1936, que es el código penal en vigencia desde antes de incurrir el procesado en el delito que se le imputa.

6.- De la doctrina sentada por el fallo en el caso de acusación de los decretos 1640 y 1644 (G. J. T. 59), se desprende que el art. 26 de la Carta de aplicación en tiempo de normalidad, abarca la preexistencia de la ley penal al hecho imputado, de la que establece la jurisdicción para juzgar el delito, y de las formas propias del juicio. En cambio, el art. 28, aplicable en época de guerra o de conmoción interior, sólo contempla la entidad de la ley que sanciona el delito y determina la pena correspondiente, y deja al Estado la fijación de la competencia y de las formalidades del juicio, que es lo que disponen los arts. 1º. y 3º. del Decreto 1290 de 21 de mayo último, en cuanto, en su orden, dan competencia a la justicia militar para conocer de los delitos definidos y sancionados por la ley penal común y las conductas antisociales, concretados en la misma norma, y establecer que mientras dure el estado de sitio, dichos delitos y conductas se investigarán y fallarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, y que los procesos penales en curso por los ilícitos de secuestro y extorsión pasarán a la justicia penal militar para ser fallados en la misma forma.

La acusación de que los preceptos del Decreto en modo alguno acomodan a los poderes que el art. 121 de la Carta le dá al Presidente de la República para la solución rápida y eficaz de los hechos concretos de perturbación del orden público, toma con lo que, según doctrina de la Corte, implicaría falta de conexidad de las medidas tomadas por el decreto con las causas que motivaron la declaratoria de perturbación del orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República.

(Al respecto véase sentencia de 28 de junio de 1956).

5.- De los motivos que determinaron los decretos sobre estado de sitio y el acusado, aparece manifiesto que las medidas de poner bajo el conocimiento de la justicia penal militar, el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales, los hechos delictuosos y las conductas antisociales especificadas en el decreto, guardan manifiesta conexión con el restablecimiento del orden público, porque la rápida sanción de los delitos que han sido causa de anormalidad, no solo busca restablecer el orden jurídico quebrantado por ellos, sino que lleva consigo la tranquilidad y seguridad de las personas que con el crecimiento de esas formas delictivas se sienten amenazadas en su vida, libertad y bienes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, julio trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

En ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución, el ciudadano Gustavo Rendón Gaviria ha acusado ante esta Corte, para que por el trámite de la ley 96 de 1936 decida sobre su exequibilidad, las disposiciones que a continuación se transcriben del Decreto número 1290 de 21 de mayo de 1965, "por el cual se autoriza la convocatoria de consejos de guerra verbales", dictado por el Presidente de la República en uso de la facultad extraordinaria que le otorga el artículo 121 de la Carta.

—I—

LAS NORMAS ACUSADAS

Son los artículos 1º., 3º., 8º., y 9º. del siguiente tenor:

"Artículo 1º. A partir de la vigencia del presente decreto y mientras subsista el estado de sitio, la justicia penal militar, además de los delitos establecidos en el código de la materia, conocerá de los siguientes definidos y sancionados en la ley penal común:

"Delitos contra la existencia y seguridad del Estado;

"Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado;

"De la asociación para delinquir;

"Del incendio y otros delitos que envuelvan un peligro común;

"Del secuestro;

"De la extorsión.

"Conocerá igualmente de cualquier otro delito cometido en conexidad con los anteriores y de las conductas antisociales a que se refieren los artículos 20, 30, 31, 33 del decreto ley número 1699 de 1964.

"Artículo 3º—Mientras subsista el estado de sitio, todos los delitos y las conductas antisociales de competencia de la justicia penal militar, se investigarán y fallarán por el procedimiento de los consejos de guerra verbales.

"Los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión pasarán inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado en que

se hallen; las investigaciones adelantadas en ellos tendrán plena validez, pero el juzgamiento se efectuará en la forma prevista en este artículo.

"Artículo 8º.—Suspéndense todas las disposiciones contrarias al presente decreto.

"Artículo 9º.—Este decreto rige desde la fecha de su expedición".

—II—

LA DEMANDA

Se endereza a obtener pronunciamiento de inexequibilidad de los anteriores textos, mediante la imputación de que violan los artículos 26, 55, 161 y 170 de la Constitución Nacional. Aunque en la demanda no se señala expresamente el 121 como infringido, del razonamiento que ella contiene se desprende que el actor entiende que también lo ha sido.

Parte el demandante del principio de que la jurisdicción es una manifestación de la soberanía, para afirmar que se ejerce a través de la rama del Poder Público a cuyo cargo está la administración de justicia. Esta descansa en el reconocimiento previo de la igualdad de las personas ante la ley y la necesaria consagración institucional de la separación e independencia de los órganos del Poder Público.

Dentro de este sistema jurídico político, prevalece, en la organización jurisdiccional, la justicia ordinaria que coloca a los hombres a un mismo nivel de responsabilidad, oportunidades y derechos, sin que sin embargo choque ostensiblemente con el establecimiento de jurisdicciones especiales. Una de tales jurisdicciones especiales es la prevista en el artículo 170 de la Carta, en cuanto permite que "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio" conozcan cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del respectivo código. De este modo el derecho penal castrense (material y formal) está reservado a los militares en servicio activo, por actos relativos a ese servicio, y por lo tanto es ajeno a las personas que al infringir la ley penal no tienen la calidad de militares, o aunque lo sean, el acto es extraño a la actividad castrense. Por ello los particulares o civiles y aun los militares fuera del servicio, no comparecen ante los jueces castrenses sin quebranto del artículo 170 de la Carta. Considera así mismo el demandante que no basta para cohonestar jurídicamente tal comparecencia la previsión del artículo 121, porque "la declaración de estado de sitio y la consiguiente turbación del orden público no son factores que coloquen al ejecutivo por fuera o por encima de la Constitución Nacional, autorizado apenas para suspender aquellas garantías incompatibles con la anormalidad, pero no las que por voluntad del mismo Constituyente tienen que subsistir en la paz o en la guerra o en caso de conmoción interior, por no estar condicionadas a exigencias de ninguna especie"; añadiendo que lo que a este punto concierne lo precisó la Corte, después de haberlo estudiado a la luz del artículo 61 de aquel estatuto, en relación con el 121, en la sentencia sobre el Decreto 12 de 1959. (1) Expresa finalmente que las normas acusadas violan el artículo 26 por no ser los tribunales castrenses los competentes para juzgar a los civiles ni las formas de procedimiento del Código Militar las propias para procesarlos.

—III—

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación se inclina decididamente hacia la constitucionalidad de las normas acusadas por motivos que pueden compendiarse en las siguientes proposiciones:

"Es privativo del señor Presidente de la República apreciar cuándo hay perturbación del orden público y cuáles son los hechos que la producen, para declarar turbado ese orden público con arreglo a la Constitución y con apoyo en su artículo 121. Y si el responsable del mantenimiento o del restablecimiento del orden público es el señor Presidente de la República, para alcanzar ese restablecimiento indudablemente deben utilizarse medios de carácter extraordinario, pues que anormal y extraordinaria es la situación que obligo a declarar el estado de sitio".

"Si en épocas de normalidad los principios constitucionales han de regir en toda su plenitud, en situación de anormalidad algunos de esos principios deben suspenderse, precisamente para permitir el regreso a la normalidad. Y la misma Constitución Nacional hace distinción entre las garantías que otorga, para ordenar que algunas de ellas se respeten en forma absoluta aún en tiempo de guerra o de conmoción interior; pero respecto de otras no sienta igual principio absoluto, entendiéndose que son relativas y que no rigen sino en época de normalidad. Tal puede ser

el caso del artículo 26 de la Carta, como lo admitió la H. Corte Suprema en algunas de sus sentencias.

Dentro de este orden de ideas, "si el señor Presidente estimó que los atentados contra la libertad, la vida y los bienes de las personas habían determinado una creciente conmoción interna, agravada con la aparición de alarmantes formas de delincuencia como el secuestro, parece elemental que por medios extraordinarios se eliminen esos factores que por las vías normales no pudieron contrarrestarse. La cita específica que de esas modalidades delictuosas se hizo, al lado de otras, en los considerandos del decreto 1288 para señalarlas como causantes de la conmoción interna y determinantes de la declaratoria de turbación del orden público allí contenida, es motivo más que suficiente para autorizar un tratamiento excepcional y extraordinario a fin de hacerlas desaparecer, pues por los medios normales no habían podido ser eliminadas. Si por una causa u otra, que no es del caso analizar, la investigación y el juzgamiento ordinarios de estas formas de delincuencia no fueron suficientes para contrarrestarlas, podía el señor Presidente de la República señalar un medio más expedito y efectivo para que se adelantaran esa investigación y ese juzgamiento. Dentro de su facultad de apreciar los factores de perturbación y los correctivos para eliminarlos y lograr el retorno a la normalidad, estimó que los consejos de guerra verbales eran apropiados para investigar y juzgar los delitos que, según se ha visto, consideraba como factores de la perturbación".

Respecto de la presunta violación del artículo 170 de la Carta, cardinal en concepto del señor Procurador, pues que, en su opinión, de que se haya infringido o no depende la decisión sobre las restantes acusaciones de infracción de los artículos 26, 55 y 58, expone que es de observar que aquel precepto constitucional "no dice que las cortes marciales o tribunales militares tengan como función exclusiva la de conocer de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", y que si bien dispone que los militares en actividad tengan un fuero especial ante esa clase de cortes o tribunales, "la Carta no excluye la posibilidad de que esas cortes o tribunales militares juzguen a personas distintas a los militares en servicio activo, ni menos prohibe que su competencia pueda ser fijada por la ley sin perjuicio, claro está, de la que la Constitución les asigna en forma expresa". Anota, además, que los consejos de guerra verbales tienen sus funciones y competencia señaladas en el decreto 250 de 1958, hoy ley 141 de 1961, cuyos artículos 588 y 589 disponen que en estado de perturbación del orden público los delitos de competencia de la justicia penal militar serán juzgados por consejos de guerra verbales, si así lo dispusiere el gobierno, y que éste "puede determinar, en época de guerra, conflicto armado o turbación del orden público que aún los delitos de competencia de la justicia ordinaria se juzguen por el procedimiento de los consejos de guerra verbales"; de donde deduce la consecuencia de que, habiéndose ceñido el gobierno a lo establecido en tales reglas en el artículo 3º del decreto acusado, para dictarlo no era necesario acudir siquiera al artículo 121 de la Constitución, por cuanto "existía con anterioridad autorización legal para que el gobierno procediera así hallándose en estado de sitio el territorio nacional"; de suerte que, por tener la citada norma "apoyo en ley preexistente, y siendo tan solo un desarrollo de ella, si se estimara que lo así decidido es contrario a la Constitución Nacional y se pretendiera que la H. Corte haga un pronunciamiento sobre el particular sería necesario demandar las normas legales vigentes con anterioridad a la expedición del decreto 1290 de 1965 y que le sirve de apoyo al desarrollo adoptado por el decreto últimamente citado". En todo caso, es a la ley a la que corresponde "señalar la competencia de las entidades u organismos que administran justicia, sin perjuicio de los que la misma Constitución haya previsto en el particular", tema sobre el cual la Corte sostuvo en sentencia dictada en Sala Plena el 1º de diciembre de 1951 que "la administración de justicia se ejerce no sólo por los tribunales ordinarios de justicia, sino también por los 'demás tribunales y juzgados, que establezca la ley'", entre los cuales se cuentan los castrenses, a los cuales el Código de Justicia Penal Militar vigente atribuye el conocimiento no sólo de los delitos cometidos por militares en servicio activo sino también por los militares o civiles en los casos en que ese código prevé su sumisión a tal régimen exceptivo.

De todo lo cual puede concluirse, según el señor Procurador: a) Que "el artículo 170 de la Constitución Nacional no ha sido violado por el decreto 1290 de 1965, toda vez que éste no quitó a las cortes marciales o tribunales militares la competencia que la Carta les otorga, de conocer de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y únicamente los amplió a los consejos de gue-

ra verbales su competencia normal, lo que puede hacerse en épocas de anormalidad y con fundamento en ley preexistente que lo es el Código de Justicia Penal Militar adoptado en 1958"; b) Que "el artículo 55 tampoco ha sido infringido por cuanto los tribunales militares ejercen jurisdicción y administran justicia por mandato del mismo artículo 170 de la Constitución, con la competencia que les atribuyen la Carta y la Ley"; c) Que "el artículo 58 tampoco fue desconocido ya que por ley están establecidos los consejos de guerra verbales que administran justicia a tenor del artículo 58, que no limita esta función a la Corte y a los tribunales superiores de distrito sino que la extiende a los 'demás tribunales y juzgados que establezca la ley', y ese es precisamente el caso que se analiza".

Por lo que hace al artículo 61, puesto que la norma advierte que es aplicable "en tiempo de paz", se trata de uno de los principios llamados relativos cuya vigencia puede suspenderse en tiempo de anormalidad, como lo ha sostenido la misma Corte; además de que "los tribunales ejercen justicia por mandato constitucional, y no puede afirmarse que al cumplir esa misión quienes los integran están ejerciendo simultáneamente la autoridad militar y la autoridad judicial".

En lo tocante a la infracción del artículo 26 de la Carta, observa que "con anterioridad a la expedición del decreto demandado ya estaban creados y previstos los consejos de guerra verbales como tribunales competentes para situaciones de anormalidad, como la derivada de la turbación del orden público que se declaró por el decreto legislativo 1288 de 1965, y que igualmente las formas propias de los juicios que se siguen ante esos consejos de guerra verbales ya habían sido señalados por ley preexistente, que lo es el Código de Justicia Penal Militar vigente desde 1958". Y agrega, finalmente, con citación de sentencia de la Corte, que esta corporación ha hecho notar que la garantía consagrada en el artículo 26 "sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban comenzar a regir, como lo dispone el artículo 43 de la ley 153 de 1887, en relación con el artículo 40" que gobierna el cambio de procedimiento o de tribunal para el juzgamiento de modo que las nuevas normas sobre procedimiento y competencia son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban entrar a regir".

— IV —

LA CORTE CONSIDERA:

Sobre las facultades que la Constitución Nacional en los artículos 120, ord. 7º y 121 confiere al Presidente de la República para tomar las medidas tendientes al restablecimiento del orden público, y sobre las atribuciones que tiene la Corte para resolver las demandas de inexequibilidad de los decretos dictados por el Gobierno en uso de esas facultades, la Corte en sentencia de 13 de junio de 1945, ratificada por la de 10 de agosto de 1946, expuso la siguiente doctrina:

"Establece el artículo 120 de la Constitución de 1886, hoy el 115 (también 120 de la Codificación vigente), que "corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa... 7º—Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuera turbado", y el artículo 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910... (hoy 121 de la Carta) otorga al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque al deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden público y de restablecerlo, debía corresponder la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de aquella obligación. La paz pública descansa, conforme al Estatuto Fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere, o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva a la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente para que llene la más delicada y alta de sus funciones como suprema autoridad administrativa. La declaración sobre la turbación del orden público envuelve máximos atributos de poder, paralelos con una responsabilidad eminente. Obrando el Presidente en el marco amplísimo de sus prerrogativas cuando confronta la República estados de zozobra por la alteración del orden público, sin tomar determinaciones persecutorias contra una o más categorías de ciudadanos, sino en un plano elevado, que por la generalidad de aplicación a todos excluya el carácter que los reformadores de 1910 quisieron evitarles a las providencias del Gobierno durante el estado de sitio, los decretos que este expida en aquellas circunstancias difíciles, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su ge-

normalidad, y si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan, por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas por la Carta, el sello de su legitimidad constitucional.

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

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

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

"Facultades legales en general, son las que emanan de las leyes, entre ellas la Constitución, que es la ley fundamental, y las otras que desarrollan sus preceptos. Tiene el Presidente, según esto, las facultades que de modo directo le confiere el Estatuto, y en primer término la de dictar Decretos Legislativos con fuerza obligatoria (artículo 133 numeral 8º) (hoy 118), como la tendrían las leyes que en situación igual a la contemplada por el Gobierno dictase el Congreso, lo que es tanto como decir que para la emergencia de la turbación del orden pueden los Decretos estatuir respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Pero no es esto solo, sino que puede aún el Gobierno, por medio de tales Decretos Extraordinarios, hacer lo que el Congreso no pueda realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz; pues este no ha de afectar las garantías individuales y sociales previstas en el Estatuto; en tanto que el Presidente en tiempos de turbación del orden público puede, por medio de Decretos autorizados por todos sus Ministros, limitar el ejercicio de aquellos derechos y garantías. Esto, desde luego, sin contrariar las normas que la Constitución de modo expreso ha declarado aplicables siempre, verbigracia, la del artículo 25, (hoy 29) conforme al cual no puede el legislador imponer la pena capital en ningún caso...

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

"Lo que no es óbice al deber general que tiene la Corte Suprema de Justicia, por razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la constitución y decidir respecto a la exequibilidad de los decretos legislativos. Solo que al hacerlo habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República".

Aplicando esta doctrina a la demanda sobre inexequibilidad del Decreto 1290, se tiene que el artículo 121 de la Carta dispone que, una vez que se declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, mediante el decreto dictado con las formalidades prescritas en la misma norma y en el artículo 122, el Presidente de la República queda inves-

tido además de las facultades que le confieren las leyes, de "las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones".

De modo que para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un decreto de esta especie, la Corte debe examinar si existen normas legales que autoricen las medidas tomadas en él, y si la Carta contiene preceptos que las respalden. Solo a falta de facultades legales, debe acudirse a las reglas del Derecho de Gentes o ley marcial.

Por eso, para la decisión que la Corte tome en la demanda *sub-judice*, se estudian primero las normas legales que permiten las medidas adoptadas en el decreto por el Gobierno, y luego los preceptos constitucionales que el actor considera infringidos.

—I—

El artículo 1º del Decreto acusado de inconstitucionalidad dispone que a partir de su vigencia y mientras subsista el estado de sitio, la Justicia Penal Militar, además de los delitos establecidos en el código de la materia, conocerá de los siguientes definidos y sancionados en la ley penal común:

Delitos contra la existencia y seguridad del Estado, el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado; de la asociación para delinquir; del incendio y otros delitos que envuelven un peligro común; del secuestro, de la extorsión y de cualquier otro delito cometido en conexidad con los anteriores y de las conductas antisociales a que se refieren los artículos 20, 30, 31, 33 del Decreto-ley número 1699 de 1964.

En el artículo 3º estatuye que todos los delitos y las conductas antisociales de competencia de la justicia penal militar se investigarán y fallarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales; y que los procesos penales en curso por delitos de secuestro y extorsión pasarán a la jurisdicción penal militar en el estado en que se hallen; que las investigaciones adelantadas en ellos tendrán plena validez y que su juzgamiento se efectuará en la forma prevista en este artículo.

2.—El Código de Justicia Penal Militar, contenido en el decreto número 250 de 1958, adoptado como ley por la 141 de 1961, creó los Consejos de Guerra Verbales, y les fijó su competencia y sus funciones específicas (arts. 566 y siguientes).

El artículo 588 expresa: "En época de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior, todos los delitos de competencia de la Justicia Penal Militar, se juzgarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, cuando así lo determine el Gobierno". El artículo 589 reza: "no hallándose el país en estado de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior, serán juzgados por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales los siguientes delitos: a) Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado; b) Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado; c) Delitos contra la disciplina; d) Delitos contra el Derecho Internacional. Parágrafo. El Gobierno puede determinar en época de guerra, conflicto armado o turbación del orden público que aun los delitos de competencia de la Justicia Ordinaria se juzguen por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales".

De estas normas resulta que es la ley 141 de 1961, en la cual está incorporado el decreto extraordinario 250 de julio de 1958, la que autoriza al Gobierno, cuando lo estimare conveniente en época de guerra o conmoción interior, para disponer que todos los delitos de competencia de la Justicia Militar se juzguen por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, entre los cuales figuran los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado, que están incluidos en los dos primeros grupos del artículo 1º del decreto tachado de inexequibilidad; y para ordenar que los delitos de competencia de la Justicia Ordinaria se juzguen por el mismo procedimiento. Esto significa que el Presidente de la República, en uso de los poderes que le confiere el artículo 121 de la Ley Suprema, por consecuencia de haber declarado turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República por decreto 1288 de 21 de mayo de 1965, obró dentro de la órbita del mismo artículo 121 para dictar el decreto acusado, al establecer que la Justicia Penal Militar conozca durante el estado de sitio no sólo de los delitos sancionados en el Código Militar sino de los demás que especifica como definidos y sancionados en la ley penal común, de los conexos con estos, de los estados antisociales también determinados, y de los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión. En suma, que existen disposiciones legales que facultaban al Gobierno para dictar el decreto tachado, y para suspender las normas contrarias a él.

— 17 —

(Normas constitucionales que la demanda considera infringidas).

El artículo 170 de la Carta estatuye que de los delitos cometidos por los militares en servicio y en relación con el mismo servicio conocerán las Cortes Marciales o Tribunales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Hay en este precepto la consagración del fuero militar, en razón del cual los miembros del Ejército Nacional por los delitos que cometan estando en servicio y por razón del mismo servicio serán juzgados de acuerdo con las normas del Código Penal Militar y por los Jueces, Cortes o Tribunales creados por el mismo estatuto. Este fuero es privativo de los favorecidos con él tanto en tiempo de paz como en tiempo de alteración del orden público. La creación de estos Tribunales como parte de la rama del poder público encargada de administrar justicia, la autoriza no solamente la norma que se comenta sino también el artículo 58 de la Constitución, que al lado de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de Distrito como entidades que administran justicia, designa a "los demás Tribunales y juzgados que establezca la ley". Puede decirse entonces que los Consejos Verbales de Guerra creados por el Código Penal Militar en el Decreto 250 de 1958 y la ley 141 de 1961, tienen su respaldo en los artículos 170 y 58 de la Ley de leyes. Pero el primero de estos preceptos no ha de interpretarse en el sentido de que la jurisdicción y competencia concedida a los Tribunales Militares sea tanto en la situación de normalidad como en la de anormalidad privativa de los militares, y que no puede extenderse jamás a los civiles o particulares, porque los términos claros que emplea no autorizan tal sentido, y porque su aplicación debe hacerse en armonía con el 61, que dice: "Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política y la judicial o la militar".

3.—Sobre la vigencia de este artículo 61, la Corte en sentencia de 19 de abril de 1955, proferida en Sala Plena y por unanimidad, expuso: "Surgen pues los poderes en el estado de emergencia de la relación en que han de hallarse dos mandatos o grupos de tales, consagrados en la Constitución: el que otorga al Presidente facultad extraordinaria dirigida a la guarda del orden público, y el que garantiza los derechos individuales y sociales y consagra la organización del Estado.

"Por la redacción de varios preceptos de la Ley Suprema, hay normas suyas que contienen limitaciones al legislador, respecto de los derechos individuales y sociales y la organización del Estado, que rigen en tiempo de paz y otras especiales para tiempo de guerra o de perturbación del orden. En tiempo de guerra el Gobierno impone contribuciones (artículo 43); puede hacer expropiaciones sin previa indemnización, decretadas por autoridades que no pertenezcan a la rama judicial (artículo 33); suspender la libertad de prensa (artículo 42); prohibir la circulación de impresos por los correos (artículo 38); ejercer simultáneamente la autoridad política y la judicial o la militar (artículo 61). Las disposiciones de la Carta que se han citado fueron redactadas, como en ella se expresa, para tiempos de paz o normalidad, lo que autoriza entender que no rigen en casos de turbación del orden público. Es decir, que entonces las garantías y derechos que ellas protegen no rigen en estado de sitio". (G. J. T. 80 pág. 4).

Aplicando esta doctrina al decreto 1290, en cuanto dispone que, mientras dure el estado de sitio, la Justicia Militar además de los delitos establecidos en el código sobre la materia conocerá de los delitos sancionados por la ley penal común, determinados en el mismo decreto, y de las conductas antisociales a que se refieren los artículos 20, 30, 31, 33 del Decreto-ley 1699 de 1964; y que su investigación y juzgamiento se hará por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, se concluye que el decreto no viola el artículo 61, porque si su vigencia está limitada al tiempo de paz o normalidad, y se suspende durante el estado de sitio por guerra o conmoción interior, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 121, está autorizado para atribuír a la Justicia Militar el ejercicio de la autoridad judicial, es decir, el conocimiento de delitos sancionados por el derecho penal ordinario y de competencia de los jueces comunes, lo mismo que el esclarecimiento y fallo de las conductas antisociales.

No violando el decreto 1290 ninguno de los artículos 170, 58 y 61, tampoco puede decirse que infringe el 55, que consagra el principio de la separación y armonía de las ramas del poder, puesto que, si los Tribunales Militares hacen parte de la rama jurisdiccional, por cuanto administran justicia en virtud de los artículos 170, que crea la jurisdicción o justicia militar, del 58 que atribuye la administración de justicia, fuera de la Corte Suprema y los Tribunales Superio-

res, a los demás Tribunales establecidos por la ley, la autorización implícita del artículo 61 al Gobierno para que en tiempo de anormalidad pueda disponer que la justicia militar conozca también de los delitos comunes, es el cumplimiento del querer del mismo constituyente, que con gran acierto previó el que en circunstancias de guerra o conmoción interior fuera necesario para restablecer el orden, dar atribuciones a la justicia militar para conocer no solo de los delitos cometidos por los militares en servicio, sino de infracciones comunes. No puede decirse que la justicia militar invada zonas de la justicia ordinaria, sino que amplía su competencia para juzgar los delitos comunes por autorización de la misma Carta.

En el fallo por el cual se declaró inconstitucional el artículo que confería a ciertos jueces de instrucción nombrados por el Ejecutivo con destino a zonas de violencia, jurisdicción y competencia para fallar en el fondo sobre determinados delitos, la Corte consideró que el artículo 61 de la Constitución no autorizaba al Gobierno "para suplantar en cualquier grado la actividad jurisdiccional de la República, que "es evidente el desvío de poder cuando se confiere a las autoridades políticas la función de administrar justicia, constitucionalmente propia de los jueces, mientras la perturbación en los hechos no sea de tal naturaleza grave que objetivamente los jueces no puedan cumplir su función privativa de administrar justicia". La posición de la Corte en este fallo era obvia: defender la jurisdicción, porque los llamados Jueces de Instrucción no eran jueces.

La situación ante el decreto 1290 de 1960 es diferente: No se trata de investir a las autoridades administrativas o políticas de la jurisdicción, sino de agregar a una jurisdicción especial ya establecida por la misma Constitución y la ley, el conocimiento de unos delitos de competencia de la jurisdicción común, por la razón determinante de que el Presidente de la República estimó que la jurisdicción militar es más conveniente que la ordinaria, en relación con determinados delitos, cuya ejecución en el actual momento perturbaba gravemente la normalidad pública.

La ley marcial envuelve el poner en unas solas manos la autoridad política y la civil o militar. Ello no ocurre en el caso de estudio, el Jefe Político o administrativo no aplica el decreto 1290 de 1965.

Sobre la infracción del artículo 26 expone la demanda: "Resta hacer alusión al quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución, en un doble sentido: sustancial, porque no es Tribunal competente (en la justicia ordinaria) un Tribunal Militar, ni son formas propias del juicio ordinario las que estatuye el Código de Justicia Penal Militar. De otro lado no tan sustancial pero no menos importante, la retroactividad de las normas del Decreto 1290, viola el inciso 2º del artículo 26, materia que no precisa examinar en extenso por ser copiosa, constante y clara la jurisprudencia de la Honorable Corte".

La norma citada es del siguiente tenor: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

El primer inciso consagra en su primera parte el principio *nullum delictum sine lege*, es decir, que un hecho para ser considerado como delito debe haberse fijado por la ley como tal, o mejor que el estatuto que sancione los delitos solo se aplica a los hechos que encuadran en ella y que se cometen a partir de su vigencia, porque la ley penal como la civil, que limite un derecho, no tiene efecto retroactivo. La acusación, por este aspecto, carece de razón, ya que todos los delitos que el artículo 1º del Decreto 1290 traslada al conocimiento de la Justicia Penal Militar son "los definidos y sancionados en la ley penal común", es decir, en la Ley 95 de 1936, que es el Código Penal en vigencia desde antes de incurrir el procesado en el delito que se le imputa.

La segunda parte del mismo inciso establece el principio de *nulla poena sine judicio*, o sea que a ningún acusado se le pueden aplicar las penas señaladas en la ley penal, sino mediante el cumplimiento de las ritualidades establecidas por la ley de procedimiento penal. En lo atinente a este punto debe anotarse que el Decreto demandado, al disponer en el artículo 3º que "Mientras subsista el estado de sitio, todos los delitos y las conductas antisociales de competencia de la justicia penal militar, se investigarán y fallarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales", se ajustó a lo dispuesto en los artículos 40, 43, 44 y 45 de la ley 153 de 1887, que son el más autorizado desarrollo de los artículos 26 y 28 de la Constitución. La Corte, en sentencia de 12 de junio de 1945, ya citada estudió en forma exhaustiva el alcance de los artículos 40, 43, 44 y 45 de dicha

ley, en relación con el 26 y 28 de la Carta, en los siguientes términos:

"La ley preexistente prefiere a la ley ex-post-facto en materia penal. Nadie podrá ser penado sino por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40".

"Y Este dispone que las leyes sobre sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Por consiguiente, al relacionar las dos disposiciones, el artículo 40 y el 43 de la ley en cita, resulta que las leyes que establecen Tribunales y determinan el procedimiento como el decreto 1640 (entonces demandado) prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Siendo esto así, como lo es, con notoria claridad, el régimen establecido por el Decreto 1640, decreto legislativo, al tenor del numeral 8º del artículo 113 (hoy 118) de la Constitución, no se halla comprendido dentro de la normación del artículo 24 del estatuto (hoy 28), y por lo mismo la tacha de inconstitucionalidad en relación con ese precepto es infundada.

"Puede agregarse, extendiendo un poco más el análisis, que en los textos ya citados y en los que van a verse, el legislador de 1887, formado por el mismo personal que expidió la Constitución de 1886, dió en aquella ley 153 —calificada con justicia como un monumento de sabiduría, por el acierto de sus reglas, principalmente en materia de interpretación de la ley— preceptos que consagran, no al acaso, sino sistematizadamente, un criterio completo en el particular. El artículo 44 establece que "en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito"; y el artículo 45 dice: "La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones: La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter del delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto o rehabilitación. Si la ley nueva reduce el máximun de la pena y aumenta el mínimun se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado. Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá la antigua. Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna.

"Ha subrayado la Sala en los artículos 44 y 45 transcritos, las expresiones el delito, del delito, la pena, de pena y pena corporal, para hacer notar cómo las disposiciones se refieren exclusivamente a delitos y penas. Ya la otra regla, del artículo 43, había dicho expresamente que el principio de que la ley preexistente prefiera a la ley *ex-post-facto* en materia penal, sólo se refiere a las que definen y castigan los delitos, pero no a las que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, pues estas últimas rigen, según el artículo 40, desde el momento en que entran en vigor. Es todo un sistema completo de interpretación el que consagran los artículos 40, 43, 44 y 45 de la ley 153 de 1887, al cual no es posible sustraerse cuando se trata de interpretar la Constitución. Pues los artículos 22 y 24 (hoy 26 y 28) de ella fueron desarrollados e interpretados por el legislador, que, como se observó, por extraña y feliz ocurrencia, fue al propio tiempo el constituyente de 1886.

"Los artículos 40, 43, 44 y 45 desarrollan en la ley 153 el pensamiento constitucional. El constituyente había dicho que en materia criminal la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia. El artículo 44 de la ley dice que en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva repitiendo el mandato constitucional. Luego el artículo 45 lo desarrolla diciendo que esa disposición tiene las aplicaciones que allí señala, todas las cuales, como se ha visto, se refieren a delitos y penas, ninguna a los Tribunales ni al procedimiento. En sentencia de esta Sala Plena dictada en la demanda que se propuso contra la exequibilidad del artículo 722 de la ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal) la Corte hizo consideraciones que van a ser complementadas con las que aquí se consignan en lo tocante al contenido de los artículos 22 y 24 (26 y 28 de la actual compilación) del Estatuto.

"Entonces se expresó y ahora se subraya lo que va a transcribirse, tomado de aquel fallo, y que tiene especial oportunidad en este caso de acusación de los Decretos 1640 y 1644 que se expidieron en circunstancias de anormalidad, de las contempladas por la Corte en el anunciado pasaje de ese fallo, que enseguida se inserta:

"No carece de significación la variante que hicieron los constituyentes colombianos al emplear en el artículo siguiente al 22, (hoy 26) el término penado en vez de juzgado. Aún en tiempo de guerra, dice el 24 (hoy 28), nadie podrá ser penado *ex-post-facto* sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho o determinádose la pena corres-

pondiente". Comparando los dos textos, resulta esta notable diferencia con apoyo de la tesis que se viene sustentando: que el 22 establece un régimen de limitaciones para la normalidad que contempla la función penal por el triple aspecto de la ley penal anterior al hecho imputado, de la jurisdicción y de las formas propias del juicio, y que en el 24 sólo queda en pie la garantía de la preexistencia de la regla prohibitiva, pudiendo el Estado proveer en lo demás de acuerdo con la necesidad de restablecer el orden público" (G. J. T. 59 págs. 45 y 46).

4.—De esta doctrina se desprende que el artículo 26 de la Carta de aplicación en tiempo de normalidad, abarca la preexistencia de la ley penal al hecho imputado, de la que establece la jurisdicción para juzgar el delito, y de las formas propias del juicio. En cambio, el artículo 28, aplicable en época de guerra o de conmoción interior, solo contempla la anterioridad de la ley que sanciona el delito y determina la pena correspondiente, y deja al Estado la fijación de la competencia y de las formalidades del juicio, que es lo que disponen los artículos 1º y 3º del Decreto 1290 de 21 de mayo último, en cuanto, en su orden, dan competencia a la justicia militar para conocer de los delitos definidos y sancionados por la ley penal común y las conductas antisociales, concretados en la misma norma, y establecen que mientras dure el estado de sitio, dichos delitos y conductas se investigarán y fallarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, y que los procesos penales en curso por los ilícitos de secuestro y extorsión pasarán a la justicia penal militar para ser fallados en la misma forma.

La acusación de que los preceptos del decreto en modo alguno acomodan a los poderes que el artículo 121 de la Carta le da al Presidente de la República para la solución rápida y eficaz de los hechos concretos de perturbación del orden público, hace con la que, según doctrina de la Corte, implicaría falta de conexidad de las medidas tomadas por el decreto con las causas que motivaron la declaratoria de perturbación del orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República.

Sobre el particular, se transcribe la parte pertinente de la sentencia de 28 de junio de 1956, en que la Corte se ocupó de esta trascendental cuestión, tocante con los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 121, 118, 8º y 120-7º. Dice esa parte: "La necesidad de que, a un mismo tiempo se ejerzan por el Presidente y por la Corte facultades calificadoras acerca de la conexidad de un Decreto o de una Ley con la guarda del orden público, sin que se produzca por ello una colisión de competencia sobre la materia, objeto de la soberana determinación de cada rama del poder, indica como natural premisa de una norma procedente, la consideración de estas hipótesis: 1ª - En la aplicación de los preceptos pertinentes de la Carta hay casos de manifiesta y clara congruencia de la norma que se suspende o se dicta, con la guarda del orden público; 2ª. - Hay casos asimismo en que la norma nueva o la que se suspende no guarda en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público; y 3ª. - Hay casos dudosos, en los cuales no se manifiesta la conexidad del acto legislativo con el orden público. A estas situaciones distintas, que pueden ofrecerse al juicio de la Corte, ha de corresponder una posición también diferente, que consulte la naturaleza propia del fenómeno en cada caso contemplado. Para la primera hipótesis, la declaración de exequibilidad se impone como necesaria consecuencia. Para la segunda, es indudable, con fundamento análogo, que la inexequibilidad debe ser proferida. En los casos dudosos, cuando la vinculación del ordenamiento de carácter legislativo, con el orden público, no es clara u ostensible, la prudencia del fallador constitucional le exige decidirse por la exequibilidad, para evitar que pueda perturbarse el cabal cumplimiento del mandato de la Carta, que entrega al Presidente de la República la suprema responsabilidad del orden, finalidad que debe prevalecer, apreciada por el primer Magistrado frente a la duda del juzgador respecto a la conexidad del acto del Gobierno con la guarda del orden público. Si se presenta la duda sobre tal relación, es natural que ella se resuelva con la declaración de exequibilidad que haga la Corte, después de comprobar o deducir que no es claro y evidente el que la norma acusada no se vincule a la guarda del orden público. Debiendo la Corte Suprema de Justicia pronunciarse respecto a la constitucionalidad de un decreto legislativo acusado, hallándose obligada a cooperar armónicamente con el Presidente de la República a la conservación o restablecimiento de la normalidad, y no estando cierta de la inconexión de aquel con el orden público, ha de proferir su decisión, por el aspecto de que se trata, en sentido favorable a la vigencia del acto legislativo.

"En otros términos: si la norma del decreto es clara y manifiestamente dirigida a la guarda del orden, se acomoda a las exigencias del estatu

to; si manifiesta y evidentemente no tiene relación con dicho objeto, lo contraría o quebranta. En los casos dudosos, cuando tal relación no es ostensible, la calificación del Presidente con la guarda del orden público debe prevalecer.

"Al fijar la Corte en el presente fallo su criterio respecto al modo de ejercer sus atribuciones en los puntos que aquí se han examinado, cumple la Corporación el deber de guardián de la seguridad de la Carta, y como intérprete auténtico de las normas y principios de la Ley Fundamental, según encargo del propio constituyente, sienta una doctrina jurídica de obligatoria aplicación, a falta de disposiciones concretas del estatuto".

Consideradas las normas acusadas a la luz del decreto por el cual se declaró turbado el orden público, y de la doctrina transcrita, resulta:

El Decreto 1288 de 21 de marzo de 1965, mediante el cual se declaró en estado de sitio todo el territorio nacional, tiene estos considerandos:

"1º. Que en diversos lugares del país han venido ocurriendo graves perturbaciones del orden público y atentados contra la libertad, la vida y los bienes de las personas; ... 3º - Que todos estos hechos, unidos a la inseguridad y a los problemas económicos que afectan a la Nación, han determinado una creciente conmoción interna agravada con la aparición de alarmantes formas de delincuencia, como el secuestro, lo cual constituye una seria amenaza para los asociados que la autoridad está obligada a proteger".

Y el decreto 1290 de 21 de mayo del mismo año, demandado de inconstitucionalidad en sus artículos 1º, 3º, 8º y 9º, como considerandos básicos trae estos: "que entre los fundamentos que el Gobierno tuvo para dictar dicho decreto (el 1288) está la aparición alarmante de formas de delincuencia, como el secuestro, y atentados contra la vida y los bienes de las personas; que el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales previstos en el Código de Justicia Penal Militar, garantiza la rapidez en el juzgamiento de ciertos delitos comunes que se cometan durante el estado de sitio".

De los motivos que determinaron los decretos sobre estado de sitio y el acusado, aparece manifiesto que las medidas de poner bajo el conocimiento de la Justicia Penal Militar, el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales, los hechos delictuosos y las conductas antisociales especificadas en el decreto, guardan manifiesta conexión con el restablecimiento del orden público, porque la rápida sanción de los delitos que han sido causa de anormalidad, no solo busca restablecer el orden jurídico quebrantado por ellos, sino que lleva consigo la tranquilidad y seguridad de las personas que con el crecimiento de esas formas delictivas se sienten amenazadas en su vida, libertad y bienes.

De lo expuesto se concluye que son constitucionales los preceptos acusados.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que son EXEQUIBLES los artículos 1º, 3º, 8º y 9º del Decreto Legislativo 1290 de 21 de mayo de 1965.

Comuníquese al Ministerio de Justicia, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Fernando Paredes, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, con salvamento de voto; *Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo*, con salvamento de voto; *Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres*, con salvamento de voto; *Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo*, con salvamento de voto; *Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, LUIS ALBERTO BRAVO, SIMON MONTERO TORRES Y CARLOS PELAEZ TRUJILLO.

Durante el debate a que en la Corte dió lugar el estudio del Decreto 1290 de 21 de mayo de 1965, "por el cual se autoriza la convocatoria de consejos de guerra verbales", sostuvimos los siguientes puntos de vista, consignados, por otra parte, en la ponencia presentada a la consideración de la Sala Plena por el magistrado Peláez Trujillo, que no tuvo el asentimiento de la mayoría de la corporación. Con fundamento en ellos venimos ahora a salvar nuestros votos en la sentencia anterior, en cuanto ésta admite la constitucionalidad del juzgamiento por consejo de guerra verbal, sin que concurran las circunstancias a que adelante habremos de aludir, de los delitos comu-

nes (distintos de los políticos que en los títulos I y II de la Parte Especial del Código Penal reciben también el tratamiento de comunes), cometidos por particulares durante el estado de sitio, y aún con anterioridad a él si hemos de atenernos al texto del ordinal 2º del artículo 3º del decreto acusado.

1. Si bien el decreto mediante el cual el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros y previo concepto del Consejo de Estado, declara en estado de sitio el territorio nacional o parte de él, se sustrae a la jurisdicción de la Corte, no así los que se dictan para desarrollarlo, pues conforme a lo prescrito en el artículo 214 de la Constitución pueden ser acusados ante aquella corporación para efecto de confrontarlos con las facultades racionalmente limitadas que al Presidente confiere la Corte en estado de sitio. Esas providencias deben de tener relación notoria con las causas determinantes de dicha situación y con la gravedad que ella ha de revestir conforme al artículo 121, y servir para conjurarla o para remover los obstáculos que se opongan al restablecimiento de la normalidad constitucional. Cualquier providencia que se tome con desviación de ese objetivo concreto y esencial extralimita las facultades que con el solo fin de develar una *guerra interior* o una *conmoción interior* le confiere el mencionado precepto. Si a tenor de la norma son éstos los dos únicos motivos que justifican la potestad extraordinaria de estado de sitio, de suerte que no solamente no emana de cualquier perturbación del orden reprimible por los medios ordinarios de que dispone el poder público, sino que la alteración debe revestir la suma gravedad que hacen suponer las expresiones de que la Carta se ha valido para distinguirla y la circunstancia de haber apareado y equiparado los estados de *conmoción interna* y de *guerra exterior*, no hay duda de que la institución del estado de sitio no tiene por objeto prevenir ni reprimir la delincuencia común, que en el orden de derecho tiene su remedio en la ley ordinaria, sino únicamente defender el orden institucional amenazado o alterado en forma tan honda que escapa a la acción de las leyes comunes.

2. El primer inciso del artículo 121 autoriza al Presidente para obrar conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes que rigen para la guerra entre naciones, de suerte que cuando él asume la potestad que dicha disposición le otorga, en verdad se acoge a los usos y costumbres de las naciones en lo que concierne a institutos jurídicos que, como la ley marcial, pertenecen a ese derecho. Si el poder de aplicarlos emana de esa fuente, al hacerlo no debe apartarse de las reglas de derecho público externo que lo disciplinan, porque las que la Constitución le otorga son las facultades "que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre naciones", y a ellas debe por tanto sujetar su conducta para no excederse en la función que le compete.

3. La doctrina del derecho internacional suele ilustrar el criterio de que la ley marcial —que es decir, la ley militar o la competencia de los tribunales castrenses aplicadas a los delitos comunes con exclusión de las leyes o de los tribunales ordinarios o naturales— sólo es legítima cuando las circunstancias de hecho impiden el normal funcionamiento de los tribunales comunes y la cumplida ejecución de sus sentencias, con los siguientes conceptos con que la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en 1866 el caso *ex parte Milligan*: "Si en caso de invasión o de guerra civil los tribunales están efectivamente clausurados y es imposible administrar justicia penal con arreglo a la ley, entonces, en el teatro de las operaciones militares activas, allí donde la guerra realmente prevalece, hay necesidad de proveer a un instituto de la autoridad civil allí destruída a fin de preservar la seguridad del ejército y de la sociedad; y como no hay lugar a otro poder que el militar, es legítimo gobernar por régimen marcial *(martial rule)* hasta que las leyes puedan tener su libre curso. Así como la necesidad crea este régimen, así también limita su duración: por ello si tal régimen continúa después de que los tribunales han sido restaurados, se trata entonces de una gran usurpación de poderes. La ley marcial no puede nunca existir donde los tribunales están abiertos y conservan sin obstrucciones el ejercicio de su jurisdicción".

Comentando este fallo ha dicho Charles Evans Hughes (ex-secretario de Estado y presidente de la Corte Suprema estadinense), citado por Sánchez Viamonte en *El Constitucionalismo*, p. 490: "La Corte en el caso Milligan sostuvo por unanimidad la opinión de que (...) el congreso carecía de facultades para disponer que los ciudadanos fueran juzgados por consejos de guerra, salvo en el territorio donde se realizan efectivamente operaciones bélicas y cuando no se pudiera acudir a los tribunales (...) La ley marcial no puede surgir de una amenaza de invasión. La necesidad tiene que ser real y presente; la invasión real, de tal modo que cierre efectivamente los tribunales y deponga a la autoridad civil (...)". Si con posterioridad al

caso Milligan la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado, en otras ocasiones, que para que entre a regir la ley marcial no es absolutamente indispensable la *occupacio bellica* efectiva, sino simplemente la amenaza o peligro inminente de invasión (caso Hawai, 1946), en ninguna se ha apartado del criterio de que ese régimen sólo se justifica en *casus belli* o de rebelión real que ponga en peligro inmediato la propia organización del Estado. No sobra advertir que si para ilustrar este salvamento de voto se han tenido presentes los antecedentes doctrinales de la Corte Federal, ello es porque además de la ejemplar fidelidad de Estados Unidos a unas instituciones que en gran parte sirvieron de modelo a las de la Carta de 1886, y de la estabilidad de esas instituciones durante ciento ochenta años, aquella nación ha tenido oportunidad de desarrollar jurisprudencialmente la doctrina de la ley marcial a través de tres graves emergencias nacionales: la guerra de secesión y las dos grandes conflagraciones en que ha participado, sin que esa doctrina sea sospechosa —como sí ocurre en otras partes del Hemisferio— de haber sido elaborada al influjo de compromisos distintos de la defensa del orden de derecho establecido.

4. Coincide ella, además, con la profesada por los más autorizados comentadores de la Constitución, señores Concha y Samper. Examinando el artículo 61 de la Carta, anota éste: "Se comprende fácilmente la incompatibilidad que hay en el ejercicio real u ordinario de la autoridad militar, juntamente con la judicial. No pudiendo ser deliberadamente la fuerza pública, es claro que un jefe militar ha de obedecer ciegamente las órdenes que recibe; y por lo tanto, carece de aquella independencia que es necesaria para el recto ejercicio de las funciones judiciales. Mas no sin razón se limitan estas garantías *al tiempo de paz*, como dice el artículo que analizamos. En el de guerra son tan imperiosas las necesidades, tan urgentes los casos, que bien puede ser inevitable, por ejemplo, confiar, en campaña, funciones judiciales a las autoridades militares, y aún las políticas o civiles" *(Derecho Público Interno de Colombia)*; y aquél expone, al establecer las diferencias entre el estado de sitio ficticio y el real: "La limitación preventiva más general de la libertad, es la que resulta de la declaración de estado de sitio, ficticio o real. Es la primera que se aplica a una ciudad o territorio en tiempo de paz, con el fin de suspender uno o varios de los derechos o libertades individuales; la segunda tiene lugar en tiempo de guerra para poner en ciertos territorios el poder supremo en manos de la autoridad militar, a fin de conservar el orden y asegurar la defensa de los intereses sociales, aunque la autoridad civil continúe ejerciendo aquellas funciones que no haya asumido la militar. Las garantías ordinarias de la libertad quedan de hecho suprimidas, y la administración de justicia, en lo relativo a crímenes y delitos contra la seguridad de la Nación, contra el orden y la paz públicos, pasa a manos de la autoridad militar, cualquiera que sea la condición o calidad de los acusados de esos delitos (...) Pero lo que es indiscutible para una situación de guerra, no lo es cuando se trata solamente de temores o de una situación anormal que no se puede identificar legítimamente con aquella" *(Derecho Constitucional)*. Se transcriben estas opiniones, porque entre sí y con los precedentes jurisprudenciales que se dejan citados coinciden en que la sustitución de los jueces naturales por los castrenses para el juzgamiento de delitos comunes y de personas no sometidas por la Carta al fuero militar, sólo es legítima en caso de conflicto armado, de ningún modo "cuando se trate solamente de temores o de una situación anormal que no se puede identificar" con "una situación de guerra". Pero, como lo dice el señor Concha, en la expresada emergencia al conocimiento de la autoridad militar solamente pueden pasar los delitos contra la seguridad de la Nación y contra el orden y la paz públicos, esto es, los políticos.

5. El artículo 61, que en la forma ya expresada explica el señor Samper, permite tácitamente el empleo de la ley marcial, instituto de derecho de gentes que por tanto no puede ser aplicado sino en armonía con las normas de ese derecho, especialmente en atención a lo dispuesto en el artículo 121 que explícitamente determina que el Presidente ha de ejercer las facultades extraordinarias que le otorga esta norma con sujeción a las reglas aceptadas por el derecho de gentes que rigen la guerra entre naciones. En uno y otro preceptos encuentra el Jefe del Estado el poder de sustituir la jurisdicción ordinaria por la militar, pero dentro de las limitaciones que el derecho de gentes impone al ejercicio de ese poder; y si entre las disposiciones del título V de la Carta, relativas a "las ramas del Poder Público", se insertó la del artículo 61, según la cual "ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar", no fue tanto para legitimar el uso de un régimen que en caso de guerra exterior o de conmoción interna está autorizado en el artículo 121, sino para asegurar en la forma más inequívoca el principio rector en el sistema estructural del Esta-

do de derecho: el de la separación e independencia de las ramas del Poder Público. El precepto ratifica la garantía que de esa independencia consagra el artículo 55 bien que relativamente en atención a que el 121 abre la posibilidad de que la autoridad militar asuma ciertas funciones de orden jurisdiccional civil. Por eso no resulta tautológico que dos reglas legisladas diferentes consagren una misma norma o principio, pues que en el sistema de garantías de la Constitución cada una de esas reglas tiene un fin distinto y perfectamente definido: la una, hincar o afianzar la independencia de los órganos del Estado como elemento esencial de organización política, aunque sin rigidez tan extrema que pudiera entenderse en contradicción con la otra, y frustrar su propósito; y ésta, proveer a la estabilidad de dicha organización política mediante provisiones que faciliten al Jefe del Gobierno atender a las necesidades de una guerra o de una conmoción interna.

6. La sumisión de los particulares o civiles a la autoridad militar sólo se explica respecto de los delitos políticos en tiempo de guerra, o de aquellos que por su conexidad con éstos pueden poner en peligro el Estado o las instituciones o embarazar el desarrollo de la actividad represiva del ejército. De ahí que los artículos 61 y 121 la permitan en estado de sitio. En uno y otro precepto encuentra, ciertamente, el Jefe del Estado el poder de sustituir la jurisdicción ordinaria por la militar, más dentro de las limitaciones que el derecho de gentes impone al ejercicio de esa potestad. De suerte que si ha de acatarse lo prescrito en el artículo 55 de la Carta, virtualmente reiterado en el 61 *ibidem*, la jurisdicción de las cortes y tribunales castrenses no puede extenderse indiscriminadamente al juzgamiento de particulares por delitos sometidos al régimen común que no tengan relación de causalidad con los motivos de la perturbación del orden público o incidencia en la actividad militar, porque con ello se vería desconocido aquel principio general que las regulaciones de derecho de gentes sobre ley marcial, por lo demás, no desacatan ni vulneran. La misión de tal régimen no es combatir la delincuencia ordinaria, como ya se expresó, sino asegurar la inviolabilidad de las instituciones cuyo principal soporte es precisamente la independencia de las ramas de la potestad pública. Para reprimir la delincuencia común están las autoridades civiles que la Constitución ha creado. El juzgamiento de los civiles por jueces castrenses como medida de prevención o de represión de la delincuencia común no se conforma al espíritu de la Carta, pues no es providencia que se tome *por motivos* de estado de sitio sino *con pretexto* del estado de sitio. Ella abre el camino a la absorción de la función jurisdiccional civil por la autoridad política o militar, con eliminación de uno de los órganos del Poder Público, cuando toda providencia que directa o indirectamente afecta la existencia de uno de esos órganos o su competencia o forma de funcionamiento, adoptada en virtud de las facultades llamadas de estado de sitio, viola el artículo 121 —además del 55—, porque contraría la esencia y fines de un instituto jurídico que no ha sido consagrado para destruir la estructura del Estado sino para asegurar su subsistencia.

7. La decisión de la Corte, por otra parte, viene a rectificar la más reciente doctrina de la corporación sobre este tema, acogida en la sentencia dictada por la Sala Plena el 24 de julio de 1961 para resolver la acción de inexequibilidad del Decreto 12 de 4 de junio de 1959. Allí se dijo:

"Casos verdaderamente extremos pueden imponer que a la autoridad política se acumule la autoridad militar y que a ambas así reunidas se sume la autoridad jurisdiccional conforme al artículo 61, para salvar en trances singulares el bien inestimable de la paz. Pero ésto a la luz del día no significa que en la sola declaración de estado de sitio en toda la República o parte de ella se encuentre de plano razón plausible para que en una misma persona o corporación se reúnan la autoridad política o civil y la judicial a la militar. Porque si a pesar de la turbación del orden público pueden funcionar y funcionan efectivamente las autoridades jurisdiccionales, ningún motivo circunstancial o de simple conveniencia justifica ante la Constitución nacional que la autoridad política tome para sí la administración de justicia en ninguno de sus grados o jerarquías. Es claro en absoluto que no por el quebrantamiento de la estructura jurídica primaria de la Nación ha de lograrse el fin de mantener o restaurar su imperio, constitutivo precisamente del orden público; el cual puede perturbarse por los gobernados, pero también y con gravedad mayor por los propios gobernantes.

"No autoriza pues en modo alguno al Gobierno el artículo 61 de la Constitución para suplantar en cualquier grado la autoridad jurisdiccional de la República con sólo declarar turbado el orden público y el estado de asedio parcial o total. Es necesario, además, que objetivamente los jueces no puedan cumplir su función privativa de administrar justicia.

8. Ni sobra, para terminar, insistir en el peligro que para las instituciones jurídicas imperantes en el país envuelve la excesiva amplitud en la interpretación de la potestad ejecutiva emanada del artículo 121 de la Carta, y sobre todo, la extensión que el fallo en el cual salvamos nuestro voto da a un instituto del cual dice un ilustre constitucionalista argentino, Carlos Sánchez Viamonte: "La ley marcial significa en nuestro tiempo renunciar a más de veinte siglos de civilización y cultura; regresar al estado preconstitucional, a la autocracia despótica propia de la horda guerrera; o la suplantación del derecho por la fuerza y de la justicia legal por el capricho, la pasión o el interés particulares" *(El Constitucionalismo y sus problemas)*.

Fecha ut supra.

Luis Alberto Bravo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Carlos Peláez Trujillo.

CONSTITUCIONALIDAD EN LA MODIFICACION DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL. LA CORTE DECLARA EXEQUIBLE EL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 3398 DE 1963.

El Decreto 3398 no excedió las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso en la ley 21 de 1963, porque el cambio en la integración de una junta directiva en esta clase de entidades, puede modificar su organización pero no es extraña al ordenamiento legal.

La reforma de las "dependencias nacionales, inclusive de los establecimientos públicos y las institutos descentralizados o autónomos" para "coordinar las estructuras y funciones y modificar los métodos, procedimientos y organización (se subraya) de dichas dependencias, establecimientos o institutos", quedó dentro y no fuera, del ámbito de las autorizaciones otogadas por el Congreso.

El cambio en la integración de una Junta Directiva en esa clase de entidades modifica, desde luego, su organización, pero considerado en sí mismo no resulta extraño a lo previsto en la norma legal. Para que lo fuera, debería pugnar finalidad que el propio legislador señaló a las modificaciones autorizadas: "adecuar su organización y funcionamiento a las necesidades reales del servicio".

Mientras no traspase ostensiblemente los límites de las autoridades legislativas, es el Presidente de la República quien dispone de mayores elementos de juicio para apreciar la adecuación de cada medida a las necesidades reales del respectivo servicio, y en los eventos de duda es su criterio el que debe prevalecer, a menos que la medida en sí misma, aún suponiéndola adoptada por el Congreso, contraríe las disposiciones constitucionales.

CONSTITUCIONALIDAD EN LA MODIFICACIÓN EN LA COMPOSICION DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO.

LA CORTE DECLARA EXEQUIBLE EL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 3688 DE 1963

El Decreto 3688 no excedió las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso en la ley 21 de 1963, porque el cambio en la integración de una junta directiva en esta clase de entidades, puede modificar su organización pero no es extraña al ordenamiento legal.

Las transcripciones de la ley de facultades, del Decreto extraordinario número 3099 de 1963 y de sus antecedentes inmediatos, incorporadas en el concepto del Procurador, permiten observar a primera vista, que la reforma de las "dependencias nacionales, inclusive de los establecimientos públicos y los institutos descentralizados o autónomos" para "coordinar las estructuras y funciones y modificar los métodos, procedimientos y organización (se subraya) de dichas dependencias, establecimientos o institutos", quedó dentro y no fuera, del ámbito de las autorizaciones otorgadas por el Congreso.

El cambio en la integración de una Junta Directiva en esa clase de entidades modifica, desde luego, su organización, pero considerado en sí mismo no resulta extraño a lo previsto en la norma legal. Para que le fuera, debería pugnar con la finalidad que el propio legislador señaló a las modificaciones autorizadas: "adecuar su organización y funcionamiento a las necesidades reales del servicio".

Ningún argumento propone el actor para demostrar que la sustitución en la Junta Directiva de la Caja del representante del Ministerio de Hacienda por el del Ministerio de Guerra, y del representante del personal civil de la policía por el del secretario general del Ministerio de Guerra (que a eso se redujo la reforma), no es adecuada a las necesidades del servicio. Las razones que en favor de esa modificación deriva la procuraduría de la transformación estructural de la Policía Nacional, fuerza armada hasta 1960 e institución de carácter civil desde entonces (Decreto Extraordinario 1705 de ese año) son, en cambio, muy valederas. En todo caso, mientras no traspase ostensiblemente los límites de las autoridades legislativas, es el Presidente de la República quien dispone de mayores elementos de juicio para apreciar la adecuación de cada medida a las necesidades reales del respectivo servicio, y en las eventos de duda es su criterio el que debe prevalecer, a menos que la medida en sí misma, aún suponiéndola adoptada por el Congreso, contraríe las disposiciones constitucionales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., julio catorce de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga A.).

El ciudadano CESAR CASTRO PERDOMO, ejercitando la acción pública consagrada en el Art. 214 de la Constitución, pide que se declare inexequible el Decreto Extraordinario Nº 3099 de 1963 en cuanto modificó la composición de la junta directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que venía establecida por el Decreto Legislativo Nº 3075 de 1955.

Sostiene al efecto que aquel decreto pretende apoyarse en las facultades extraordinarias de que fue investido el Presidente de la República por la Ley 21 de 1963 pero que el aludido ordenamiento excede los límites precisos fijados por el Congreso, violando en consecuencia los arts. 2º, 76 -ordinal 12 y 120 -ordinal 2º -de la Carta.

Avanzando en su argumentación, expresa: "En el caso debatido el Gobierno Nacional quedó autorizado exclusivamente para buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social;

para proveer los recursos necesarios para la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social; para reducir los gastos de funcionamiento de las entidades y dependencias nacionales, inclusive los de los establecimientos públicos e institutos descentralizados, sin afectar el Servicio Civil, ni la Carrera Administrativa,

"En ejercicio de aquellas facultades podía dentro de su oportunidad coordinar las estructuras y funciones, modificar los métodos, procedimientos, la organización de dichas entidades, dependencias, establecimientos e institutos descentralizados, CON EL FIN de eliminar duplicación de funciones, adecuar su organización, su funcionamiento, a las necesidades reales del servicio. Podía SUPRIMIR Y REFUNDIR los cargos innecesarios, FUSIONAR Y SUPRIMIR dependencias en casos de duplicación de funciones o servicios, o cuando las conveniencias públicas lo aconsejaren. Podía procurar por la igualdad de asignaciones en los empleados de igual categoría y funciones.

"A mi juicio el GOBIERNO NACIONAL nó podía salirse de tales facultades, o invocarlas como lo hizo en el Decreto sub-júdice, para adoptar una determinación, respecto a la cual el Congreso, no pensó en otorgársela, ni en efecto se la dió en la Ley de Facultades, (Ley 21 de 1963).

"Ahora bien, si se lee cuidadosamente el contenido del decreto acusado, y si se le compara con el contenido del Decreto Legislativo 3075 de 1955, se llega a la conclusión siguiente:

"No se suprime ningún cargo de Miembro de la Junta Directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nal., porque tanto el Decreto anterior, como el nuevo, mantienen 5 Cargos de Miembros de aquella Junta. Y afirmó que son cargos públicos, porque tienen ese carácter esos Miembros al reunirse y sesionar legalmente, y adoptar decisiones. Se trata de cargos transitorios, NO HAY SUPRESION DE CARGOS PUBLICOS PORQUE SE MANTIENEN LOS CINCO CARGOS PREVISTOS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 3075 de 1955.

"No hay FUSION DE CARGOS PUBLICOS, porque ninguno de los 5 cargos, se ha fusionado en los restantes 4 cargos públicos.

"El Decreto acusado NO TIENE NADA QUE VER con la estabilidad fiscal y económica, o social del Estado, porque no se trata de hacer economías fiscales, pues siempre son los 5 cargos públicos del Decreto anterior.

"El Decreto no tiene nada qué ver con la provisión de RECURSOS PARA LA EJECUCION DEL PLAN DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL del Estado Colombiano, puesto que con su expedición nó se financia ningún plan.

"Con tal Decreto no se reduce ningún cargo público, y como consecuencia TAMPOCO PUEDE HABER REDUCCION DE GASTOS PUBLICOS.

"El Decreto no sirve para COORDINAR LA ESTRUCTURA Y FUNCIONES DE LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NAL., porque no cambia la organización funcional de dicha entidad del orden nacional, ya que su Junta sigue con las mismas funciones públicas preexistentes, sin variación alguna, y la reunión de sus Miembros, (5) iguales en número a los previstos en el Decreto Legislativo 3075, tiene las mismas atribuciones administrativas señaladas en las normas anteriores a la expedición del Decreto acusado.

"En mi opinión lo que ha hecho el Decreto demandado es CAMBIAR a los titulares de aquellos 5 cargos públicos (Miembros de la Junta de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional). En efecto, *mantiene* el Decreto sub-judice, a 3 de los titulares previstos en el Decreto Legislativo 3075 de 1955, a saber: a)—Al Director de la Policía Nal.; b)—Al representante del personal uniformado de la Policía Nal.; y, c) —Al representante del personal en goce de asignación de retiro o pensión de jubilación, y CAMBIA al REPRESENTANTE DEL PERSONAL CIVIL DE LA POLICIA NAL. (que constituye la mayor parte del personal afiliado a dicha Caja) por el señor SECRETARIO DEL MINISTERIO DE GUERRA; y CAMBIA al representante del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, por el señor MINISTRO DE GUERRA.

"Considero que para efectuar este cambio, nó estaba autorizado el Gobierno Nal., por virtud de la Ley 21 de 1963, pues en ninguna parte de las facultades extraordinarias aparece otorgada esa facultad. En otros términos, el Gobierno nó utilizó sus facultades extraordinarias, para los FINES PRECISOS estipulados en la respectiva Ley, y al verificarse esto, se infiere un agravio al texto constitucional que autoriza facultades extraordinarias para tiempo determinado (PRO-TEMPORE) y para fines concretos".

Esto, en relación con la pretendida violación del art. 76 del estatuto fundamental, que es lo

modular en la demanda; pues respecto de la obligación presidencial de "promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y **velar** por su exacto cumplimiento" (art. 120, ordinal 2º.) y de la separación de las funciones del Congreso y del Gobierno (art. 2º, en conexión con el 55), el acusador deduce su infracción de la primera.

Al descorrer el traslado de la demanda, el Procurador General de la Nación hace un estudio completo del problema, en los términos que a continuación se copian:

"Por el Decreto Legislativo 1814 de 1953 (julio 10) se incorporó el Cuerpo de Policía a las Fuerzas Armadas (artículo 4º), disponiéndose que éstas comprenderían el Comando General de las Fuerzas Armadas, el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y las *Fuerzas de Policía* (artículo 2º) y que la Policía Nacional pasaría a formar parte activa del Ministerio de Guerra como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas (artículo 3º.); estos principios se reafirmaron por el Decreto Legislativo 3220 del mismo año, cuyo artículo 1º dijo: 'Las Fuerzas Armadas están constituídas por las Fuerzas Militares y las Fuerzas de Policía'.

"Los Decretos Legislativos 0417 y 3075 de 1955, de acuerdo con el carácter que se había dado desde 1953 a la Policía Nacional, declararon en liquidación la Caja de Protección Social de la Policía Nacional y crearon la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas de Policía, con personería jurídica y patrimonio propio, y con el encargo de pagar 'los sueldos de retiro y las pensiones de jubilación del personal afiliado a ella', al cual se le reconocerían y pagarían igualmente las demás prestaciones reconocidas a sus afiliados por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (artículo 1º, del Decreto Legislativo 3075 de 1955).

"Esta última disposición pone de presente que quiso colocarse en un mismo plano de organización las Cajas de Retiro de los diversos componentes de las Fuerzas Armadas, y esta armonía en el servicio fué, indudablemente, lo que se persiguió al determinar el personal que debía componer la Junta Directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía, integrada, según el artículo 16 del Decreto 417 tal como quedó modificado por el artículo 1º del Decreto 3075, así:

'a)—Por el señor Comandante de las Fuerzas de Policía, quien será su Presidente permanente, o su representante;

b)—Por un representante del personal uniformado de las Fuerzas de Policía;

c)—Por un representante del personal civil de la Policía;

d)—Por un representante del Ministerio de Hacienda; y

e)—Por un representante del personal en goce de retiro o pensión de jubilación'.

"Siendo la Policía Nacional una Fuerza Armada, tenía su Comandante, como lo tenían las Fuerzas Militares; y seguramente se consideró lógico que ese Comandante fuera el Presidente de la Junta Directiva de la respectiva Caja de Sueldos de Retiro; y dentro de la libertad de acción de que gozaba el Gobierno en esta materia, es de suponer que estimó adecuado que en la misma Junta hubiera representantes del personal uniformado de la Institución, del personal civil y del personal en goce de retiro o pensión de jubilación, al lado de un representante del Ministerio de Hacienda.

"El carácter de fuerza armada asignado a la Policía Nacional se le conservó por la Ley 126 de 1959, reorgánica de la carrera de oficiales de las Fuerzas Militares, cuyo artículo 1º reprodujo, literalmente el inicial del Decreto 3220 de 1953.

"Pero luégo, en desarrollo de la Ley 19 de 1958, por medio de la cual se invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar 'los Ministerios, Departamentos Administrativos e Institutos Oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica independiente', el Gobierno dictó el Decreto Extraordinario Nº 0550 de 1960 sobre normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Presidencia de la República, de los Ministerios y de los Departamentos Administrativos, y, más tarde, el Decreto Extraordinario 1705 de 1960, 'por el cual se reorganiza el Ministerio de Guerra y se determinan sus funciones', ordenamientos que variaron fundamentalmente la situación respecto de la Policía y de su Caja de Retiro. En efecto, el artículo 6º del Decreto 550 de 1960, dijo:

"Los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos son Jefes Superiores de la Administración, y ejercen bajo su propia responsabilidad las funciones que el Presidente de la República les delegue de conformidad con el artículo 135 de la Constitución. En consecuencia, corresponde a ellos, de acuerdo con el Presidente de la República, la adopción de la política o planes de acción en los servicios a su cargo. A los Establecimientos Públicos y demás entidades son

autonomía administrativa sólo les compete dentro de sus posibilidades técnicas o fiscales, el cumplimiento o desarrollo de los planes adoptados por el Gobierno. Los planes de acción deberán ajustarse a los programas generales de desarrollo y a los planes cuatrienales de inversión de que trata la Ley 19 de 1958".

"Y los artículos 26, 27 y 40 del Decreto 1705 de 1960 expresaron:

'Artículo 26.—Vincúlanse al Ministerio de Guerra, para los efectos de dirección y control de que tratan los artículos 6º del Decreto 0550 de 1960 y 25 de este Decreto, los siguientes establecimientos públicos: ...d) Caja de Retiro de la Policía Nacional...'.

'Artículo 27.—A los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Guerra, sólo les compete, dentro de sus posibilidades técnicas y fiscales, el cumplimiento o desarrollo de los planes adoptados por el Gobierno'.

'Artículo 40.—La Policía Nacional es una Institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra, y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos'.

"Se tiene, pues, que la Policía Nacional dejó de ser una Fuerza Armada para convertirse en una Institución de carácter civil, y que su Caja de Sueldos de Retiro o Caja de Retiro de la Policía Nacional, como la llama el literal d) del artículo 26 del Decreto 1705 de 1960, fue vinculada al Ministerio de Guerra 'para los efectos de dirección y control', con la misión de cumplir y desarrollar los planes adoptados por el Gobierno, en su carácter de establecimiento público y de conformidad con el artículo 6º del Decreto-Ley 0550 de 1960.

"Esta era la situación jurídica de la Policía y de su Caja en el momento en que fue dictada la Ley 21 de 1963 y, con fundamento en ella, el Decreto Extraordinario 3099 de 1963.

"El artículo 1º de la citada Ley 21 de 1963 dice:

'Artículo 1º—De conformidad con el artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Nacional, y a fin de buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social; de proveer los recursos necesarios para la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social, y de reducir los gastos de funcionamiento de las entidades y dependencias nacionales, inclusive de los establecimientos públicos y los Institutos descentralizados o autónomos, y sin suprimir el Servicio Civil ni la Carrera Administrativa, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de que trata el parágrafo 2º de este artículo, para:

'Primero.—Coordinar las estructuras y funciones y modificar los métodos, procedimientos y organización de dichas entidades, dependencias, establecimientos e Institutos, con el fin de..., adecuar su organización y funcionamiento a las necesidades reales del servicio.

'Parágrafo 2º—De las facultades a que se refiere este artículo podrá hacer uso hasta el 31 de diciembre de 1963...

'Artículo 3º—El Presidente de la República designará para que lo asesore en el estudio de las medidas que hayan de adoptarse en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º de la presente Ley, una Comisión Paritaria presidida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, e integrada por dos Senadores, dos Representantes y por el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos.

'Artículo 4º—Los Decretos que se dicten en uso de las facultades extraordinarias de que trata la presente Ley, serán sometidos previamente a la aprobación del Consejo de Ministros'.

"Y el Decreto 3099 de 1963, ahora acusado, que se dictó en ejercicio de estas facultades extraordinarias, dentro del término a que ellas se extendían y con los requisitos exigidos por los artículos 3º y 4º de la Ley 21, es de este tenor:

'Artículo 1º—La Junta Directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, estará integrada así:

a) Por el Ministro de Guerra o su representante;

b) Por el Secretario General del Ministerio de Guerra o su representante;

c) Por el Director de la Policía Nacional, o su representante;

d) Por un representante del personal uniformado de la Policía Nacional;

e) Por un representante del personal en goce de asignación de retiro o pensión de jubilación.

'El Gerente de la Caja y el Contralor General

de la República, o su representante, tendrán voz sin voto en las deliberaciones de la Junta.

'Artículo 2º—En los términos del artículo anterior queda modificado el Decreto 3075 de 1955, y derogadas las disposiciones contrarias al presente Decreto'.

"Atrás se dejó dicho que por virtud de lo preceptuado en los artículos 26, 27 y 40 del Decreto 1705 de 1960, y en el artículo 6º del Decreto 550 del mismo año, la Policía Nacional dejó de ser una Fuerza Armada para convertirse en 'una institución de carácter civil'; que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional fue puesta bajo 'la dirección y control' del Ministerio de Guerra, y que a ella, en su carácter de establecimiento público, sólo le incumbe, dentro de sus posibilidades técnicas o fiscales, el cumplimiento o desarrollo de los planes adoptados por el Gobierno.

"Si lo anterior es así, como todo indica que lo es, se requería 'coordinar las *estructuras* y funciones' de la Caja con las del Ministerio de Guerra y con las del Gobierno en general, y, por tanto, '*modificar* los métodos, procedimientos y *organización*' de la misma, para adecuarla 'a las necesidades reales del servicio'; y para todo ello estaba expresamente facultado el Gobierno por la Ley 21 de 1963, en su artículo 1º, ordinal 1º.

"¿Cómo se consiguió esta coordinación de la estructura y funciones de la Caja con las del Ministerio de Guerra, y, en general, del Gobierno, y cómo se logró la modificación de métodos, procedimientos y organización de ella, para ponerla a tono con las necesidades reales del servicio público? Mediante el Decreto Extraordinario 3099 de 1963, que modificó la composición de la Junta Directiva de dicho Instituto o establecimiento público.

"Analizando los cambios introducidos por el Decreto 3099 puede verse claramente que con ellos se cumplieron los objetivos y finalidades que tuvo en miras el Congreso al conceder las facultades extraordinarias.

"Si la Policía había dejado de ser una Fuerza Armada, no tendría ya un 'Comandante de las Fuerzas de Policía'; en efecto, los artículos 41 y 42 del Decreto 1705 de 1960 hablaron de la 'Dirección General de la Policía' y del 'Director General de la Institución'. Nada de extraño tiene, pues, que se sustituyera por el literal c) del artículo 1º del Decreto 3099 de 1963 al 'Comandante de las Fuerzas de Policía', que de hecho y de derecho ya no existía, por el 'Director de la Policía Nacional' como ahora se llama el funcionario que ejerce el mando inmediato de la Institución. Hay indudablemente, por este aspecto, 'adecuación' a una situación jurídica real.

"Habiendo quedado vinculada la Caja al Ministerio de Guerra y con la obligación de cumplir los planes del Gobierno, ¿cómo se hacía efectiva esa vinculación y cómo se impulsaba a la Caja a seguir y desarrollar tales planes? Ciertamente, colocando funcionarios superiores del Ministerio de Guerra en el máximo organismo directivo, como lo ordenaron los literales a) y b) del artículo 1º del Decreto 3099 de 1963, pues el Ministro de Guerra y el Secretario General del Ministerio, junto con el Director de la Policía, componen un bloque mayoritario importante para hacer operante el criterio gubernamental. Y ya no tenía objeto, por este aspecto a lo menos, que el representante del Ministerio de Hacienda conservara su puesto en la Junta Directiva.

"No es impertinente recordar que el artículo 15 del Decreto Legislativo número 417 de 1955 dispone que 'la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas de Policía será dirigida y administrada por una Junta Directiva y por un Gerente'; y si hoy, por mandato del artículo 6º del Decreto 550 de 1960 y del artículo 27 del Decreto 1705 del mismo año, a esa Caja sólo le compete, como establecimiento público, 'el cumplimiento o desarrollo de los planes adoptados por el Gobierno', parece adecuado que en la Junta Directiva que la dirige y administra tengan asiento funcionarios del mismo Gobierno que adopta los planes que la Junta debe cumplir o desarrollar.

"Finalmente, al recobrar la Policía Nacional su carácter de organismo civil, perdió importancia, para los efectos internos, la anterior distinción entre personal uniformado y personal civil; y entonces, no había razón para que en la Junta Directiva de la Caja hubiera dos miembros en representación de los servidores de la Policía, uno por el personal uniformado y otro por el no uniformado, pues bastaba con uno sólo en representación de todos. Al ordenarlo así, el literal d) del artículo 1º del Decreto 3099 de 1963 procedió por evidentes motivos de orden jurídico y práctico.

"Parece haber quedado demostrado que, pese a no haberse modificado el número de miembros de la Junta Directiva de la Caja de Sueldos de

Retiro de la Policía Nacional, con los cambios de composición, ordenados por el artículo 1º del Decreto 3099 de 1963, se implantaron profundas variaciones en la estructura de la institución, que, a su vez, implican modificación de sus métodos, procedimientos y organización, para lograr la coordinación de la Caja con el Ministerio de Guerra y para adecuarla a las necesidades del servicio público. Así, pues, tales cambios no significan un simple reemplazo de personas, sino, la sujeción de los propósitos de la Caja a los planes generales del Gobierno o, dicho en otras palabras, la adecuación del establecimiento al servicio público general.

"El fin perseguido por el Gobierno Nacional al dictar el Decreto 3099 de 1963 está autorizado en el ordinal 1º del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, y, en consecuencia, no existe la falta de correspondencia entre la Ley de facultades extraordinarias y el Decreto impugnado, como lo estima el actor.

"Y si los razonamientos hechos para desvirtuar la apreciación de la demanda sobre violación, por parte del Gobierno, del ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, son exactos y llevan a la conclusión de que el Decreto 3099 de 1963 no excedió las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso en la Ley 21 de 1963, entonces necesariamente carece de razón el demandante cuando afirma que se infringieron el ordinal 2º del artículo 120 y el artículo 2º de la Constitución Nacional".

Para resolver, se considera:

Las transcripciones de la ley de facultades, del precepto acusado y de sus antecedentes inmediatos, incorporadas en el concepto del Procurador, permiten observar a primera vista que la reforma de las "dependencias nacionales, inclusive de los establecimientos públicos y los institutos descentralizados o autónomos" para "coordinar las estructuras y funciones y modificar los métodos, procedimientos y *organización* (se subraya) de dichas dependencias, establecimientos e institutos", quedó dentro, y no fuera, del ámbito de las autorizaciones otorgadas por el Congreso.

El cambio en la integración de una junta directiva en esa clase de entidades modifica, desde luego, su organización, pero considerado en sí mismo no resulta extraño a lo previsto en la norma legal. Para que lo fuera, debería pugnar con la finalidad que el propio legislador señaló a las modificaciones autorizadas: "adecuar su organización y funcionamiento a las necesidades reales del servicio".

Ningún argumento propone el actor para demostrar que la sustitución en la junta directiva de la Caja del representante del Ministro de Hacienda por el del Ministro de Guerra, y del representante del personal civil de la Policía por el del Secretario General del Ministerio de Guerra (que a eso se redujo la reforma), no es adecuada a las necesidades del servicio. Las razones que en favor de esa modificación deriva la Procuraduría de la transformación estructural de la Policía Nacional, fuerza armada hasta 1960 e institución de carácter civil desde entonces (Decreto Extraordinario 1705 de ese año) son, en cambio, muy valederas. En todo caso, mientras no traspase ostensiblemente los límites de las autorizaciones legislativas, es el Presidente de la República quien dispone de mayores elementos de juicio para apreciar la adecuación de cada medida a las necesidades reales del respectivo servicio, y en los eventos de duda es su criterio el que debe prevalecer, a menos que la medida en sí misma, aún suponiéndola adoptada por el Congreso, contraríe las disposiciones constitucionales.

Como consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, oído el concepto del Procurador General de la Nación y en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le atribuye el artículo 214 de la Carta, *DECLARA EXEQUIBLE* el Decreto Extraordinario número 3099 de 1963.

Notifíquese, cópiese, insértese en la "*Gaceta Judicial*" y archívese el expediente.

Luis Fernando Paredes A., Presidente.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Antonio Moreno Mosquera, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLE EL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE CONCEDEN UNOS AUXILIOS AL MUNICIPIO DE ARAUQUITA EN LA INTENDENCIA DE ARAUCA Y A PAZ DE ARIPORO EN CASANARE".

La promoción por ley de obras singulares implica violación del precepto fundamental que dispone ceñirse a un plan determinado.- Reiterada doctrina de la Corte sobre esta materia.

> La potestad del Legislador para dictar leyes particulares sobre obras o empresas de las a que alude la Constitución queda forzosamente limitada por el respectivo plan regulador, al punto de que ignorarlo o apartarse de él al promover por medio de ley obras singulares implica violación del precepto fundamental que dispone ceñirse a aquel plan, porque el desacato de la ley general tiene en este caso el carácter de infracción de medio que produce la de la Constitución como violación fin. Lo que es predicable en notamente de las reglas que prescriben las condiciones o requisitos y establecen los planes y programas, sino de todas las demas disposiciones de la ley general, como las que requieren la comprobación de ciertos hechos y la forma y oportunidad de presentar los respectivos elementos instructorios. Es tal la vinculación que existe entre la norma superior y la inferior que la desarrolla, que el Legislador no puede derogar esta última para casos especiales, sino que sólo puede hacerlo mediante otra también de carácter general en la cual se modifique o sustituya el plan o programa anteriormente adoptado.

Objeciones del señor Presidente de la República a proyecto de ley sobre auxilios a los municipios de Arauquita y Paz de Ariporo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En ejercicio de la facultad que le confirieron los artículos 85 y 118, ordinal 7º, de la Constitución Nacional, el señor Presidente de la República objetó el proyecto de ley "por la cual se conceden unos auxilios al municipio de Arauquita, en la Intendencia de Arauca, y a Paz de Ariporo, en Casanare", originario de la Cámara, que reza:

"Artículo 1º—Con fondos del Tesoro Nacional auxiliase a la población de Arauquita, en la Intendencia del Arauca, con la cantidad de seiscientos mil pesos ($ 600.000.00), para reconstruir la parte de la población destruída en el año de 1952 con motivo de la violencia.

"Parágrafo.—Las obras a que se refiere este auxilio serán ejecutadas directamente por el Instituto de Crédito Territorial.

"Artículo 2º—De igual manera con fondos del Tesoro Nacional auxiliase a la población de Arauquita ya citada, con la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) para la reparación y acondicionamiento del antiguo campo de aviación llamado 'El Troncal', que queda a dos kilómetros de distancia del poblado y contiguo al río Arauca.

"Parágrafo.—Esta obra será ejecutada directamente por la Empresa Colombiana de Aeródromos.

"Artículo 3º—Una Junta compuesta por el señor Cura Párroco de Arauquita, el señor Corregidor del mismo lugar, el Juez Territorial y el señor Recaudador de Hacienda Nacional, asesorará a los Institutos encargados de la ejecución de las obras, especialmente en la que hace relación a la reconstrucción de viviendas para damnificados.

"Artículo 4º—Auxiliase al Municipio de Paz de Ariporo —Antiguo Moreno— con la suma

de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) para la reconstrucción del poblado. La ejecución de esta obra se hará por el Instituto de Crédito Territorial.

"Artículo 5º—Los auxilios de que trata esta Ley se incluirán en el Presupuesto Nacional para la próxima y subsiguientes vigencias y en caso de que no alcancen a incluirse en el Presupuesto de la próxima vigencia, se faculta al Gobierno Nacional para que haga las apropiaciones y traslados dentro de este mismo presupuesto para que esta ley tenga pronto cumplimiento.

"Artículo 6º—Esta Ley regirá desde su sanción".

(Pág. 57).

Son motivos en que el señor Presidente apoya sus objeciones al proyecto, que éste no reúne las exigencias señaladas en la Ley 71 de 1946 "por la cual se desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta; que la mencionada ley, en efecto, considera que son empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, las que enumera en su artículo 1º; que el proyecto, al dejar la ejecución de las obras al cuidado del Instituto de Crédito y a la Empresa Colombiana de Aeródromos, omitiendo la presentación previa de los documentos exigidos, no cumple los requisitos que señala la expresada ley; que no se conocen los estudios que permitan fijar el monto de los auxilios incluídos en el proyecto; que esta omisión implica la alteración de programas y presupuestos en la Empresa Colombiana de Aeródromos e Instituto de Crédito Territorial, lo que es perjudicial desde el punto de vista económico y técnico; que la grave situación fiscal aconseja que los recursos del Estado no se prodiguen en auxilios que no estén estrictamente sujetos a planes y programas elaborados con anticipación.

Las cámaras estudiaron y declararon infundadas las objeciones que preceden, y aprobaron el respectivo proyecto, por lo cual éste ha venido al conocimiento de la Corte para los efectos establecidos en el artículo 214 de la Constitución.

Dado el traslado ritual el señor Procurador General de la Nación, conceptuó que al Congreso Nacional le corresponde dictar las leyes, y entre ellas, las de auxilios; pero que a virtud de lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 78 de la Carta le está prohibido decretar gratificaciones, indemnizaciones, etc., no destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a las leyes preexistentes, salvo lo dispuesto en el inciso 20 del artículo 76 del mencionado estatuto, que permite fomentar las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo, con sujeción a los planes y programas correspondientes; que si bien el legislador está facultado para decretar indemnizaciones en casos de grave calamidad pública, tales indemnizaciones también deben someterse a planes y programas conforme a lo dispuesto en la ley 52 de 1945; que en el expediente no aparece documento alguno que acredite el cumplimiento de las condiciones requeridas por la ley 71 de 1946; que consiguientemente el proyecto es contrario a lo estatuido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

Limitada la función de la Corte a decidir sobre la constitucionalidad del proyecto, con exclusión de la cuestión de conveniencia o inconveniencia de sus disposiciones, la de concretar su estudio al primer aspecto con prescindencia del segundo.

Como lo indica el título, versa el proyecto sobre la concesión de unos auxilios nacionales a las poblaciones de Arauquita, en Arauca, y Paz de Ariporo, en Casanare. A la primera se la auxilia con la suma de seiscientos mil pesos "para reconstruir la parte de la población destruída en el año de 1952 con motivo de la violencia", y con la de cincuenta mil para la reparación y acondicionamiento del antiguo campo de aviación de El Troncal; y a la segunda, con quinientos mil pesos "para la reconstrucción del poblado".

La obra de reparación y acondicionamiento del campo de aviación de la empresa sería encomendada a la Empresa Colombiana de Aeródromos y las restantes al Instituto de Crédito Territorial. Las demás disposiciones del proyecto son desarrollo o consecuencia de las enunciadas.

Los ordinales 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución prescriben que corresponde al Congreso, por medio de leyes, "decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas" y "fomentar las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". Tales planes y programas son los a que se refiere el ordinal 4º de la misma norma que autoriza al legislador para "fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

En desarrollo del ordinal 20 del artículo 76

citado se expidió la ley 71 de 1946 —derogada por el Decreto Extraordinario 1675 de 14 de julio de 1964—, que determinó los planes, programas y condiciones a que debería ceñirse el Congreso al aprobar proyectos de ley para la construcción y fomento de las obras o empresas que prevé el citado precepto constitucional. En su artículo 1º traía esa ley una enumeración de tales obras y empresas, entre las que se cuentan "la reconstrucción, por motivos de calamidad pública, de ciudades, edificios, habitaciones", etc. El resto del artículado establecía los requisitos y condiciones indispensables para que el legislador pudiera decretar su ejecución y fomento, todo en desarrollo, como se deja indicado, de la regla fundamental que ordena que aquellas obras no pueden decretarse sino conforme a planes y programas previstos con anterioridad por el mismo legislador.

Pues bien: siendo la sumisión del fomento de la economía y de las obras y empresas a que se refieren los ordinales 4º, 19 y 20 del artículo 76, ordenamiento de mayor jerarquía que el expedido por el legislador, la potestad de éste para dictar leyes particulares sobre obras o empresas de las a que alude la Constitución queda forzosamente limitada por el respectivo plan regulador, al punto de que ignorarlo o apartarse de él al promover por medio de ley obras singulares implica violación del precepto fundamental que dispone ceñirse a aquel plan, porque el desacato de la ley general tiene en este caso el carácter de infracción de *medio* que produce la de la Constitución como violación *fin*. Lo que es predicable no solamente de las *reglas* que prescriben las condiciones o requisitos y establecen los planes y programas, sino de todas las demás disposiciones de la ley general, como las que requieren la comprobación de ciertos hechos y la forma y oportunidad de presentar los respectivos elementos instructorios. Es tal la vinculación que existe entre la norma superior y la inferior, que la desarrolla, que el legislador no puede derogar esta última para casos especiales, sino que sólo puede hacerlo mediante otra también de carácter general en la cual se modifique o sustituya el plan o programa anteriormente adoptado.

Las obras de que trata el proyecto objetado corresponden a las en que se ocupaba el ordinal g) del artículo 1º de la ley 71 de 1946, pues que son de "reconstrucción, por motivos de calamidad pública, de ciudades, edificios, habitaciones", etc., por lo que en el momento de la adopción de ese proyecto debían sujetarse a las condiciones que la misma ley establecía, entre las que se hallan las señaladas en los artículos 2º y 5º del aludido estatuto (planos, presupuesto de costo, certificación del respectivo ministro o jefe de departamento administrativo sobre la urgencia de la obra o empresa en relación con las demás obras nacionales, etc.); y como al examinar los antecedentes del proyecto de ley objetado no aparece que se hayan cumplido tales requisitos, en el momento de su adopción violó las normas legales expresadas, y como consecuencia el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución que ordena someterse a planes y programas previamente establecidos en la expedición de leyes de fomento como las a que se refería el ordinal g) del artículo 1º de la mencionada Ley 71 de 1946.

Sin que purgue al proyecto de la nota de inconstitucionalidad la posterior derogación de este último estatuto, porque, además de que la violación aparece consumada con la adopción del proyecto, aquella derogación, como lo ha expresado la Corte en repetidos fallos, en manera alguna significa "que el parlamento pueda votar aquellos auxilios sin la programación exigida por el Constituyente. Sólo quiere decir que mientras tanto le está vedado decretarlos. Si así no fuese, le bastaría al Congreso no expedir ley alguna de planeación para convertir en letra muerta el ordinal 20 en referencia. Lo cual repugna".

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Constitución, declara inexequible el proyecto de ley "por la cual se conceden unos auxilios al municipio de Arauquita, en la Intendencia de Arauca, y a Paz de Ariporo, en Casanare".

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

Luis Fernando Paredes A., Presidente. *Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Crótatas Londoño, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Arturo C. Posada, Carlos Peláez Trujillo, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL

CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CORTE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS POR EL GOBIERNO EN ESTADO DE SITIO. LA CORTE DECLARA INCONSTITUCIONAL E INEXEQUIBLE EL DECRETO NUMERO 3253 DE 1965 "POR EL CUAL SE SUPRIME UN ESTABLECIMIENTO DESCENTRALIZADO Y SE CUMPLEN NORMAS SOBRE REDUCCION DE GASTO PUBLICO".

La Corte reitera la doctrina atinente a la conexidad de las disposiciones del estado de sitio con el restablecimiento del orden público.- Transitoriedad de las normas legislativas dictadas en estado de sitio.- Fallo de inexequibilidad con fundamento en la violación del artículo 121 de la Constitución.-

Tiene el Presidente de la República, durante el estado de sitio, las facultades que de modo directo le confiere el Estatuto, y en primer término la de dictar Decretos Legislativos con fuerza obligatoria (art. 118 numeral 8º), como la tienen las leyes; lo que es tanto como decir que en la emergencia de turbación del orden público los Decretos pueden estatuir respecto de lo no regulado y suspender las relaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Ello, desde luego, sin contrariar las normas de la Constitución de obligatoria imperio en todo tiempo.

De la confrontación de los poderes que la Carta da al Presidente de la República en situaciones de anormalidad y las atribuciones que le asigna a la Corte Suprema de Justicia como encargada de la guarda de la integridad de la Constitución, aparece que al conocer ésta de las demandas de inexequibilidad referentes a Decretos extraordinarios expedidos durante la turbación del orden público, sus atribuciones no son las generales u ordinarias que aplica al resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos expedidos en tiempo de normalidad. Como consecuencia de los poderes presidenciales en el estado de sitio, el examen de la Corte respecto a la constitucionalidad de los Decretos Legislativos se produce en el campo más limitado o restringido que corresponde correlativamente a la amplitud de la función que el Presidente de la República cumple cuando el orden público se altera. Hay una modalidad especial e importante, que condiciona la legitimidad constitucional de los decretos extraordinarios a que se hace mención, y es la que mira al juicio, reservando al Congreso, respecto a la conveniencia y necesidad de las medidas adoptadas por los Decretos de que se trata. El deber general de la Corte, en razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la Constitución y decidir respecto de la exequibilidad de los Decretos Legislativos, debe cumplirse a su turno, teniendo en cuenta al hacerlo que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la alteración del orden, al régimen de las facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República.

Como las facultades presidenciales en el estado de sitio se hallan vinculadas al establecimiento del orden público, al juzgador constitucional le corresponde necesariamente, como uno de sus principales compromisos, verificar que en cada caso sub-judice se llena este requisito esencial que deben tener los Decretos Legislativos, de su conexidad con la guarda del orden.

También ha de comprobar si los preceptos de carácter legislativo que sustituyen una legislación anterior llenan el requisito de la transitoriedad de sus normas, dictadas para que se apliquen en el período de emergencia y que pueden dejar de regir al levantarse el estado de sitio, o ser adoptadas por el legislador ordinario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El ciudadano *Alfredo Cadena Copete*, en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, demanda ante la Corte el Decreto número 3253 de 1968 "por el cual se suprime un establecimiento descentralizado y se cumplen normas sobre reducción del gasto público", como violatorio de la Carta fundamental del país y solicita se declare inexequible.

EL DECRETO ACUSADO

Aparece expedido por el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, "en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 121 de la Constitución Nacional".

Contiene dicho ordenamiento varias disposiciones consignadas en sus artículos 1º a 10º.

Se destacan dentro de ellas las siguientes:

"*Artículo 1º*—La Administración Postal Nacional, creada por el Decreto número 3267 de 1963, dejará de ser un establecimiento público descentralizado y entrará a formar parte de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, la cual ejercerá, además, las funciones previstas en los artículos 12 y 13 del mencionado Decreto.

"*Artículo 2º*—El patrimonio de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones se incrementará con todos los terrenos, edificios, instalaciones, equipos, muebles y enseres y demás bienes y elementos de propiedad de la Administración Postal Nacional.

"Exceptúanse los bienes que constituyen el Museo Postal y Telegráfico, creado por Decreto 2302 de 1940, los cuales pasarán a formar parte del patrimonio de la nación, y su administración la ejercerá el Ministerio de Comunicaciones a través de su División Postal.

"*Artículo 3º*—La Empresa Nacional de Telecomunicaciones sustituirá a la Administración Postal Nacional en todos los derechos y obligaciones contraídos por esta entidad o determinados por disposiciones vigentes".

Invoca el actor como violados el artículo 118, en su ordinal 8º y el 121 de la Constitución Nacional.

Para fundar la acción propuesta se expresa: "Los conceptos transcritos indican que es opinión común entre los tratadistas el afirmar que el Gobierno en ejercicio de la facultad del estado de sitio, no tiene la plenitud de la potestad legislativa. Antes bien, es ella restringida, limitada nítidamente por la finalidad de restablecimiento del orden público, que conlleva la necesidad de que las normas que en su ejercicio se dicten sean de carácter instrínsecamente transitorias.

"Ahora bien, señores Magistrados. Es indudable que el Decreto acusado tiene caracteres que lo hacen abiertamente inconstitucional. En efecto:

"a) El asunto materia del decreto no tiene relación directa ni indirecta con el restablecimiento del orden público. Al respecto existe lo que casi podría denominarse confesión de parte, puesto que basta repasar la motivación del decreto, para convenir en que la subsistencia de un establecimiento público creado apenas dos años antes, no podía implicar —como nunca lo implicó— peligro alguno para la estabilidad del orden social.

"b) Las normas contenidas en el decreto son de carácter intrínsecamente permanente. Tiende no a suspender, sino a derogar una norma de carácter legal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al estudiar la Corte un Decreto de la clase del que es objeto de la presente acusación, o sea expedido en ejercicio de las facultades que la Constitución le otorga al Presidente de la República durante el estado de sitio, necesariamente ha de subordinar su análisis a las exigencias constitucionales requeridas para la adopción de tales ordenamientos extraordinarios de carácter legislativo, de una parte, y de otra, a las atribuciones que la Corte ejerce de conformidad con la Carta.

Tiene el Presidente de la República, durante el estado de sitio, las facultades que de modo directo le confiere el Estatuto, y en primer término la de dictar decretos legislativos con fuerza obligatoria (Art. 118 numeral 8º), como la tienen las leyes; lo que es tanto como decir que en la emergencia de turbación del orden público los decretos pueden estatuir respecto de lo no regulado y suspender las regulaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Ello, desde luego, sin contrariar las normas de la Constitución de obligatorio imperio en todo tiempo.

De la confrontación de los poderes que la Carta da al Presidente de la República en situaciones de anormalidad y las atribuciones que le asigna

a la Corte Suprema de Justicia como encargada de la guarda de la integridad de la Constitución, aparece que al conocer ella de las demandas de inexequibilidad referentes a decretos extraordinarios expedidos durante la turbación del orden público, sus atribuciones no son las generales u ordinarias que aplica al resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos expedidos en tiempo de normalidad. Como consecuencia de los poderes presidenciales en el estado de sitio, el examen de la Corte respecto a la constitucionalidad de los decretos legislativos se produce en el campo más limitado o restringido que corresponde correlativamente a la amplitud de la función que el Presidente de la República cumple cuando el orden público se altera. Hay una modalidad especial e importante, que condiciona la legitimidad constitucional de los decretos extraordinarios a que se hace mención, y es la que mira al juicio, reservando al Congreso, respecto a la conveniencia y necesidad de las medidas adoptadas por los decretos de que se trata. El deber general de la Corte, en razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la Constitución y decidir respecto a la exequibilidad de los decretos legislativos, debe cumplirse, a su turno, teniendo en cuenta al hacerlo que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la alteración del orden, al régimen de las facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República.

Como las facultades presidenciales en el estado de sitio se hallan vinculadas al restablecimiento del orden público, al juzgador constitucional le corresponde necesariamente, como uno de sus principales compromisos, verificar que en cada caso sub-judice se llene este requisito esencial que deben tener los decretos legislativos, de su conexidad con la guarda del orden.

También ha de comprobar si los preceptos de carácter legislativo que sustituyen una legislación anterior llenan el requisito de la transitoriedad de sus normas, dictadas para que se apliquen en el período de emergencia y que pueden dejar de regir al levantarse el estado de sitio, o ser adoptadas por el legislador ordinario.

Si la Corte ha de ser celosa en el respecto de los poderes del Presidente durante el estado de sitio, reconociéndolos con la amplitud que la Constitución ordena, del propio modo, cuando en el ejercicio de la función que le compete encuentra que los actos legislativos expedidos por el Presidente no se ajustan a las facultades especiales que el Estatuto fundamental le da, debe, en cumplimiento de sus atribuciones, declarar que tales ordenamientos son inconstitucionales e inexequibles.

A)—Sobre la conexidad de las disposiciones adoptadas en los decretos legislativos con el restablecimiento del orden público, la Corte ha señalado un criterio de interpretación que consulta al propio tiempo la aptitud del Presidente de la República para calificar tal conexidad y la de la Corte para ejercer su función en tan delicada materia.

Ha dicho la Corte:

"VIII—La necesidad de que, a un mismo tiempo, se ejerzan por el Presidente y por la Corte, facultades calificadoras acerca de la conexidad de un decreto o de una ley con la guarda del orden público, sin que se produzca por ello una colisión de competencias sobre la materia, objeto de la soberana determinación de cada rama del poder, indica como natural premisa de una norma procedente la consideración de estas hipótesis: 1ª En la aplicación de los preceptos pertinentes de la Carta hay casos de manifiesta y clara congruencia de la norma que se suspende o se dicta, con la guarda del orden público; 2ª Hay casos asimismo en que la norma nueva o la que se suspende no guarda, en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público, y 3ª Hay casos dudosos, en los cuales no es manifiesta la conexidad del acto legislativo con el orden público. A estas situaciones distintas, que pueden ofrecerse al juicio de la Corte, ha de corresponder una posición también diferente, que consulte la naturaleza propia del fenómeno en cada caso contemplado. Para la primera hipótesis, la declaración de exequibilidad se impone como necesaria consecuencia. Para la segunda, es indudable, con fundamento análogo, que la inexequibilidad debe ser proferido. En los casos dudosos, cuando la vinculación del ordenamiento de carácter legislativo con el orden público, no es clara u ostensible, la prudencia del fallador constitucional le exige decidirse por la exequibilidad, para evitar que pueda perturbarse el cabal cumplimiento del mandato de la Carta, que entrega al Presidente de la República la suprema responsabilidad del orden, finalidad que debe prevalecer, apreciada por el Primer Magistrado, frente a la duda del juzgador respecto a la conexidad del acto del Gobierno con la guarda del orden público. Si se presenta la duda sobre tal relación, es natural que ella se resuelva con la declaración de exequibili-

dad que haga la Corte, después de comprobar o deducir que no es claro y evidente el que la norma acusada no se vincule a la guarda del orden público. Debiendo la Corte Suprema de Justicia pronunciarse, respecto a la constitucionalidad de un decreto legislativo acusado, hallándose obligada a cooperar armónicamente con el Presidente de la República, a la conservación o restablecimiento de la normalidad, y no estando cierta de la inconexión de aquél con el orden público, ha de proferir su decisión, por el aspecto de que se trata, en sentido favorable a la vigencia del acto Ejecutivo.

"En otros términos: Si la norma del decreto es clara y manifiestamente dirigida a la guarda del orden, se acomoda a las exigencias del Estatuto; si manifiesta y evidentemente no tiene relación con dicho objeto, lo contraría o quebranta. En los casos dudosos, cuando tal relación no es ostensible, la calificación del Presidente sobre la conexidad de la disposición con la guarda del orden público, debe prevalecer". (J. C. Tomo LXXXIII. Pág. 25).

Inconexidad del Decreto acusado con el restablecimiento del orden público.

Concretando la Sala Plena su examen al Decreto acusado encuentra que él se expide con el siguiente CONSIDERANDO:

"Que por Decreto número 1288 de 1965 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

"Que el Decreto número 2906 establece normas sobre reducción del gasto público, y el Gobierno Nacional se encuentra empeñado en disminuir los costos de funcionamiento en la Administración Pública y evitar la duplicidad de funciones;

"Que de acuerdo con los estudios realizados, el establecimiento público denominado Administración Postal Nacional, viene operando con un elevado costo de funcionamiento, además de que varias de sus funciones son similares a las ejercidas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones;

"Que al integrar en un solo organismo la prestación de servicios públicos afines, se obtiene una elevada economía del gasto público, se evita la duplicidad de funciones que viene presentándose y se procede de acuerdo con una ordenada y técnica concepción administrativa".

Sin esfuerzo alguno de interpretación aparece, por la simple lectura del "Considerando" transcrito, que el Decreto número 3253 de 1965 se expidió sin declararse siquiera que existan para dictarlo motivos tocantes con el restablecimiento del orden público. Tan sólo se expresan razones de conveniencia, en orden a disminuir los costos de funcionamiento en la administración pública y evitar duplicidad de funciones; que varias de las que ejerce la Administración Postal Nacional son similares a las de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, y que al integrar un solo organismo se obtiene economía en el gasto público.

Las razones de conveniencia para expedir un decreto legislativo no juegan en el examen que le corresponde hacer a la Corte cuando decide sobre su constitucionalidad.

Como el señor Procurador General de la Nación lo anota en el concepto rendido en el presente asunto, la materia comprendida por el Decreto acusado ninguna relación guarda con el restablecimiento de la normalidad pública, a cuyo objeto se confieren las facultades presidenciales de estado de sitio. Dice la Procuraduría:

"No se comprende por qué la creación o la subsistencia de un establecimiento público descentralizado como la Administración Postal Nacional pueda alterar la paz pública, o por qué su supresión sea necesaria para restablecer el orden público turbado y para regresar a la normalidad. - . . .No hay dato alguno que permita afirmar que la prestación de estos servicios públicos por la Administración Postal Nacional haya sido una de las causas de la perturbación, ni que la supresión de dicho establecimiento sea necesaria para remover las causas de la turbación del orden pública".

B)—*Transitoriedad de las normas legislativas dictadas en estado de sitio.*

1 - Para verificar la Corte si el Decreto acusado reune este segundo presupuesto constitucional, debe traer aquí su reciente doctrina en el particular, pues ella contempla las peculiaridades a que hay que atender en este punto. Expresa la Sala Plena:

"La transitoriedad de la norma legislativa dictada por el Gobierno es característica que de un modo general debe satisfacer el ordenamiento del estado de sitio, porque con base en las facultades extraordinarias correspondientes no han de tomarse disposiciones que por su naturaleza sean de carácter permanente. Sin embargo, esta consideración no es óbice para que en ciertos casos de urgencia se den preceptos de estado de sitio que im-

pliquen un cambio de legislación respecto de la que se suspende, en razón de la emergencia misma, por imponerlo así la necesidad de orden político, social o económico que confronta el Ejecutivo. Tales normas, muy singulares dentro del régimen jurídico extraordinario, sustituyen la legislación suspendida, por otra acorde con la necesidad del restablecimiento del orden. Expedida tal legislación, es posible que por el acierto de sus disposiciones, más ventajosas que las precedentes, sea conveniente reiterarlas por el legislador ordinario, para que prolonguen su efecto benéfico una vez levantado el estado de sitio. A ello en modo alguno se opone la transitoriedad que deben tener los preceptos legislativos correspondientes. Porque lo prescrito en la Carta es que cesen de regir los mandatos de carácter legislativo cuando el orden público se restablece.

"El Congreso, con autonomía, puede realizar ese paso de la norma transitoria a una permanente, a través de la función propia del legislador, que no es incompatible con el estado de sitio, menos ahora cuando por mandato del Acto Legislativo Nº 1 de 1960, debe permanecer reunido mientras perdure tal estado.

"Debe por tanto pensarse, al juzgar sobre la transitoriedad de los decretos legislativos, y acerca de su constitucionalidad, en que a veces el legislador extraordinario puede verse obligado a expedir normas que, además de ser medio adecuado para el restablecimiento de la normalidad, por su naturaleza sean idóneas para regular estados permanentes de derecho. Ello, por sí sólo, no conllevaría inconstitucionalidad.

"Esto no significa que en el examen que le corresponde hacer a la Corte, si halla claro que la norma es apta para situaciones permanentes, pero que no enfrenta una situación transitoria de perturbación del orden público, carezca de apoyo en la insatisfacción de ese presupuesto para declarar inexequible tal disposición". (Fallo Sala Plena, 18 de mayo de 1966, sobre el Decreto Legislativo Nº 3196 de 1965).

2 - El Decreto 3253 de 1965 suprime un establecimiento público descentralizado y dispone que entre a formar parte de la Empresa que en él se señala. Esta determinación, propia del régimen administrativo común del Estado, es de aquellas medidas que frecuente y ordinariamente se adoptan por medio de leyes, en acatamiento a lo previsto en el artículo 76 de la Constitución, que dice: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. - Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: -10- Regular el servicio público, determinando los puntos de que tratan los artículos 62 y 132 y las demás prescripciones constitucionales".

Con el decreto acusado no se resuelve situación alguna de emergencia, sino se regula el funcionamiento ordinario y permanente de un servicio público, "como lo haría el Parlamento en ambiente propio de la normalidad institucional" (Corte, Sala Plena, Agosto 5 de 1958).

Lo expuesto en las precedentes consideraciones determina la conclusión a que llega la Corte sobre inexequibilidad del decreto acusado.

RESOLUCION

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, oído el señor Procurador General de la Nación, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 214 de la Carta fundamental del país, DECIDE:

Es inconstitucional e inexequible el Decreto Legislativo Nº 3253 de 1965 (diciembre 17) "por el cual se suprime un establecimiento descentralizado y se cumplen normas sobre reducción de gastos públicos".

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Justicia y al de Comunicaciones e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Fernando Paredes, Presidente, con salvamento de voto; *Ramiro Araújo Grau*, con salvamento de voto; *Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña*, con salvamento de voto; *Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS LUIS FERNANDO PAREDES Y RAMIRO ARAUJO GRAU.

Los suscritos Magistrados compartimos la parte decisoria de la sentencia con que la Corte declara "inconstitucional e inexequible" el Decreto Legislativo Nº 3253 de 1965 "por el cual se suprime un establecimiento descentralizado y se cumplen normas sobre reducción del gasto público"; estamos también de acuerdo, en lo general, con las razones expuestas en la parte motiva tendientes a demostrar la "inconexidad del Decreto acusado con el restablecimiento del orden público". No obstante lo anterior, como el fallo se sustenta además en lo que se expresa en el punto B) de su motivación que se intitula "Transitoriedad de las normas Legislativas dictadas en estado de sitio" en el que se reproducen las razones expuestas por la mayoría de los Magistrados de la Corte en el fallo de Sala Plena de 18 de mayo de 1966 que decidió la demanda de inexequibilidad sobre el Decreto Legislativo Nº 3196 de 1965 sobre integración hospitalaria, y en esa oportunidad, los suscritos Magistrados disentimos del concepto mayoritario de la Corporación, consideramos conveniente reiterar en esta ocasión nuestro criterio con relación al aspecto de la "transitoriedad" de las normas Legislativas dictadas en estado de sitio, que consignamos en el aludido Salvamento de Voto, y que en lo fundamental expresa lo siguiente:

"Las circunstancias de que las normas contenidas en el Decreto acusado, sean por su naturaleza idóneas para regular estados permanentes de derecho no contradice su transitoriedad constitucional. Las necesidades de orden político, social y económico que confronta el Ejecutivo y que debe encarar a través de medidas legislativas para atacar las causas que han originado la conmoción interior o que mantienen la anormalidad, permite que esas medidas se pongan en vigencia, a efecto de conseguir el pronto restablecimiento de la paz y para aliviar la tensión de los hechos sociales que gravitan sobre el orden público. Ello no elimina su transitoriedad; constitucionalmente sólo se han de extender al período de turbación del orden público, puesto que restablecida la normalidad ellas dejan de regir. No es por tanto la permanencia probable o hipotética de la norma legislativa lo que conduce en este caso a su inexequibilidad, si se ha dictado con fundamento en las atribuciones del Art. 121 de la Constitución, pues, como se deja dicho, por mandato expreso suyo la vigencia se termina al restablecerse el orden público".

De esta manera, sólo la falta de vinculación a la necesidad de restablecer la paz pública, que es lo que constituye la justificación de las atribuciones Presidenciales, es lo que puede constituir el fundamento racional, jurídico y legal para la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Nº 3253 de 1965.

Fecha ut-supra

Luis Fernando Paredes A., Ramiro Araujo Grau.

Salvamento de voto.

En esta ocasión, como en las anteriores respecto de la misma tesis de la llamada conexidad, tengo que salvar mi voto por las razones ya expuestas, pero que ahora quiero resumir en la forma más breve posible.

1º—En cuanto concierne a la doctrina de la conexidad, cabe observar:

a) La Corte cuando ejerce la función constitucional que le adscribe el Art. 214 de la Constitución, procede como juez de derecho, para poner de manifiesto la contradicción o violación de normas sustantivas de aquella con las del decreto legislativo o de la ley, cuando fuere el caso; ahora como la conexidad de una norma, en cuanto mira a su aptitud para el restablecimiento del orden público, no concierne a un punto de derecho sino de hecho, debe concluirse que no le compete a la Corte tal función, pues no existe disposición alguna de la Constitución que haya regulado el fenómeno de la conexidad.

Tan evidente es que la conexidad atañe una cuestión de hecho, que en la doctrina reproducida en el fallo precedente se lee:

"En los casos dudosos, cuando la vinculación del ordenamiento de carácter legislativo con el orden público, no es clara u ostensible, la prudencia del fallador constitucional le exige decidirse por la exequibilidad, para evitar que pueda perturbarse el cabal cumplimiento del mandato de la Carta,

que entrega al Presidente de la República la suprema responsabilidad del orden, finalidad que debe prevalecer, apreciada por el Primer Magistrado, frente a la duda del juzgador respecto a la conexidad del acto del Gobierno con la guarda del orden público".

b) El art. 120 de la Constitución, en el numeral 7º dispone que corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, "conservar en todo el territorio el orden público, y *restablecerlo* donde fuere turbado"; por consiguiente, si le incumbe al Presidente, no a la Corte, restablecer el orden público donde fuera turbado, para conseguir tal fin, tiene derecho para escoger los medios que él estime adecuados o conexos y eficaces de acuerdo con las circunstancias y necesidades impuestas por la perturbación del orden público e ignoradas por la Corte que no está en capacidad ni tiene el deber de conocerlas, pues no puede ni debe inmiscuirse en materias administrativas. Cuando la Corte pretende juzgar y apreciar la conexidad de los decretos legislativos, perturba "el cabal cumplimiento del mandato de la Carta, que entrega al Presidente de la República la *suprema responsabilidad del orden*, finalidad que debe prevalecer, apreciada por el Primer Magistrado", y esto no sólo en los casos dudosos sino en todos, porque el restablecimiento del orden incumbe en forma privativa y exclusiva al Presidente, más no a la Corte que ignora las circunstancias de hecho para juzgar la conexidad o inconexidad de las normas.

¿Por qué, pues, si la suprema responsabilidad del orden le incumbe al Presidente, la Corte, obrando con lógica dentro de su propia doctrina, no le deja la suprema escogencia de los medios adecuados para restablecerlo?

c) Pero no es esto todo, porque en el caso concreto, aún aceptando la teoría de la conexidad, no se puede ignorar que las comunicaciones postales o telegráficas son de vital importancia no sólo para restablecer el orden sino aún para conservarlo. El decreto acusado se refiere a la administración postal que el Gobierno consideró necesario o cuando menos conveniente fusionarlo con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en busca de economía de gastos, eficiencia y seguridad en el servicio postal y en general en el de comunicaciones en todo el territorio de la República azotada en algunos lugares por el agonizante bandolerismo numerales a) y b) del art. 12 D. Nº 3267 de 20 de diciembre de 1963).

d) No puede remitirse a duda que el restablecimiento del orden público demanda gastos, en veces cuantiosos, como ha sucedido en los últimos años; y para cubrirlos, además de crear nuevos impuestos, puede acudirse al sistema de hacer economías en el servicio público, como fue la finalidad buscada en el Decreto 2906 de 5 de noviembre de 1965 D. O. Nº 31804) e invocado en los considerandos del Decreto objeto de la sentencia precedente.

2º.—La Empresa de Telecomunicaciones como la Administración Postal Nacional fueron dos dependencias del ministerio respectivo, bajo cuya dirección y control continúa; por tanto, el Presidente podía fusionar los dos establecimientos, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del art. 132 de la Constitución que dice: "La distribución de los negocios, según sus afinidades, dentro de los Ministerios y los Departamentos Administrativos corresponde al Presidente de la República". Si puede, pues, adscribir determinados negocios de un ministerio a otro o a un departamento administrativo, a fortiori podrá fusionar dos dependencias del mismo ministerio, según así ocurrió con la extinguida administración postal nacional.

3º.—Alude la sentencia a una reciente y confusa doctrina de la Corte, admitida o insinuada en el fallo de 18 de mayo de este año, sobre el D. Nº. 3196 de 1965, según la cual el Gobierno no puede, con fundamento en el art. 121 de la Constitución, dictar normas de carácter permanente, porque si así lo hace, viola el artículo citado como el numeral 8º del art. 118 ibidem, que ordena que tales decretos "dejarán de regir al restablecerse el orden público"; sin embargo, incurriendo en una verdadera tautología, admite que si puede dictar, cuando así lo exijan las circunstancias, decretos de carácter permanente.

La doctrina anterior, para llegar a semejante conclusión, tiene como fundamento una confusión de términos, porque no es lo mismo que una norma tenga un contenido de naturaleza permanente y que su vigencia sea transitoria, temporal o precaria; en otras palabras, no son términos que se excluyan sino que pueden concurrir por pertenecer a diferentes órdenes de ideas: un decreto puede versar sobre una materia permanente; y otro fenómeno jurídico diferente será que tenga una vigencia condicionada al levantamiento del estado de sitio, o sea que, por disposición constitucional, tenga una vigencia transitoria.

Si se trata de dos términos de diferente significado, sin faltar a las reglas de la lógica formal,

no puede edificarse sobre ellos ningún argumento o silogismo, para decir, por ejemplo: "los decretos legislativos son transitorios (art. 118 num. 8º. art. 121); es así que este tiene un contenido de naturaleza permanente; luego no es transitorio y viola las dichas disposiciones constitucionales"; porque, se repite, cada uno de ellos se refiere a realidades jurídicas distintas, pues el término medio de "naturaleza permanente" no está contenido en el de la mayor que alude a lo transitorio de la norma como elemento extrínseco.

Y no solamente los decretos legislativos pueden tener un contenido de naturaleza permanente, sino que, con mucha frecuencia, tendrán efectos irreversibles, o sea, aún después de levantado el estado de sitio seguirán operando en sus consecuencias jurídicas, como el cumplimiento de los contratos celebrados con fundamento en decretos legislativos, o bien las obras, como puentes y carreteras que han sido necesarias construir como medios para el restablecimiento del orden público según disposiciones contenidas en decretos de esta especie.

En resumen, no me parecen aceptables las teorías de la conexidad y de la "transitoriedad", para deducir de allí la inexequibilidad del decreto acusado.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

GRAVAMEN A LA PRODUCCION NACIONAL DEL CACAO

LA CORTE DECIDE QUE ES INEXEQUIBLE POR INCONSTITUCIONAL EL ARTICULO 11 DE LA LEY 31 DE 1965 EN CUANTO IMPLIQUE QUE LA CUOTA DEL DOS POR CIENTO (2%) SOBRE EL VALOR DEL CACAO DE PRODUCCION NACIONAL ESTABLECIDA POR EL ART. 1º Y DESCONTABLE EN LA FORMA INDICADA EN EL 2º POR LAS PERSONAS QUE ADQUIERAN CACAO DE PRODUCCION NACIONAL, SE COBRE ANTES DE TRANSCURRIDOS SEIS MESES DE PROMULGADA LA LEY, QUE LO FUE EL 9 DE NOVIEMBRE DE 1965.

1.—La contribución que establece la ley 31 de 1965 no es una gratificación; es un gravamen. 2.— Las leyes que crean impuestos o contribuciones se dictan para dotar de recursos al Estado sin necesidad de que previamente figure en el presupuesto de Rentas el cálculo de su producto. 3.—La recaudación de ciertos impuestos puede hacerse por intermedio de personas jurídicas, autorizadas por la ley, siempre que su control lo haga la Contraloría General de la República y el Organo Legislativo. 4.—Garantía para el contribuyente establecida por el artículo 204 de la Carta.

1.- La contribución que establece la parte primera del art. 1º de la ley 31 de 1965 no quebranta el numeral 5º del art. 78 de la Carta, pues no se trata de una gratificación decretada en favor de la Federación Nacional de Cacaoteros. Es un gravamen —como lo denomina el parágrafo del art. 6º—cuyo importe es una retribución de servicios que, a virtud de contrato con el Gobierno Nacional, ha de prestar para los múltiples fines indicados en el presente considerando. La idea de "retribución de servicios" excluye, por elementales razones de lógica, la de gratuidad.

2.- Todas las leyes que crean impuestos o contribuciones se dictan para dotar de recursos al Estado sin necesidad de que el cálculo de su producto figure previamente en el Presupuesto de Rentas, ya que lo que establece, en realidad, el art. 206 de la Carta, es que "su establecimiento", vale decir, la capacidad del mismo Estado para exigirlos, complemente la norma creadora haciendo figurar los estimativos de la contribución o impuesto en dicho Presupuesto. Si así no fuere y se cobraren, los actos administrativos en que tal cosa se haga, infringirían la Norma Fundamental, pero la omisión de este acto posterior a la norma creadora, no afectaría la constitucionalidad de ésta, y para tales situaciones los afectados tendrían, en la ley, los remedios requeridos.

De otro lado, la ordenación legislativa que decreta la contribución o el impuesto no tiene por qué ordenar la inclusión de su estimativo en el Presupuesto de Rentas, porque a esa necesidad provee, precisamente, el artículo 205.

Por consiguiente la circunstancia de que la ley 31 de 1965 no haya ordenado que el producto de la contribución que ella crea, se incluya en el Presupuesto de Rentas, no afecta su constitucionalidad; y la no inclusión, anterior o posterior, en el presupuesto, de su posible producido, crearía situaciones ajenas a la cuestión sub-judice y aún a la jurisdicción de la Corte.

3.- Corresponde al Presidente de la República "Cuidar de la exacta recaudación" de las rentas públicas, función que, en términos generales, realiza a través de sus agentes (Ministerio de Hacienda, Tesorería General de la República y sus colaboradores) y que, después de la reforma de 1945, y aún antes por virtud de la ley, comparte la Contraloría General de la República en lo relativo a la exactitud.

Pero el simple servicio de recaudación es de aquellos que, por no afectar los fundamentos mismos de la organización esencial del Estado, pueden ser prestados por intermedio de personas jurídicas, siempre que así lo ordene la ley, quedando a la Contraloría General de la República el control fiscal (exactitud) y a la Cámara de Representantes del examen y fenecimiento de la cuenta general del presupuesto y del tesoro que le

presente al Contralor. En ninguna parte prohíbe la Carta que ese recaudo se verifique como lo estatuye la disposición acusada.

(Artículo 6º de la ley 31 de 1965).

Obvio resulta expresar que las funciones presidenciales no se ejercitan personalmente por el funcionario que tiene tan alta investidura. Para cumplirlas puede valerse de sus agentes como también de las personas autorizadas por la ley para el desempeño físico de esas labores. Queda, en materia de impuestos, al Presidente la responsabilidad por la exactitud, que comparte con el Contralor General de la República cuya función a este respecto es más importante, decisiva y clara —a la luz de la propia constitución— que la del Presidente, si bien ésta no desapareció del todo a pesar de la reforma de 1945.

La ley acusada establece, en disposiciones que no pueden olvidarse, el control del Ministerio de Fomento y de la Contraloría sobre el recaudo de esa renta, de donde surge claro que no hay delegación de funciones ejecutivas, sino la creación de un organismo que facilita la percepción de una renta que el Estado invierte, a través de un sistema contractual, en la prestación de servicios de fomento y desarrollo de una industria útil a la economía nacional.

O sea una aplicación correcta de la moderna tesis sobre descentralización por colaboración, ya acogida por el Consejo de Estado (Anales Tomo LXXI, págs. 297 a 553) y por la ley 151 de 1959 que dispone, como lo recuerda en su concepto el señor Procurador que, "las personas naturales o jurídicas pueden tener, por mandato de la ley o en virtud de arreglos contractuales, la administración y o la explotación de cualesquiera bienes o rentas de la Nación, así como el manejo y recaudo de rentas pertenecientes al erario" (Subrayas de la Corporación).

6º.- Establece el art. 204 de la Constitución Nacional que ninguna contribución indirecta empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establece la contribución o el aumento.

Bien entendida que la contribución indirecta incide sobre los que "hacen" y no sobre los que "tienen" como en el caso de la directa, se ha afirmado que esta prescripción constitucional asegura la acomodación del contribuyente, durante el lapso allí previsto, a las nuevas circunstancias, evitando sorpresas perjudiciales a su economía individual que reperutan en el ámbito de la comunidad. Y así, quien "hace" una cosecha, debe cargar el nuevo renglón de costos —la contribución— a situaciones presumiblemente futuras y no pasadas.

Y siendo ésta, en síntesis, la razón que inspira el texto del art. 204, es obvio que éste consagra una garantía, tan inviolables como las que figuran en el título III de la Carta Fundamental.

Ahora bien: No existe duda de que la cuota creada por la ley 31 de 1965, es una contribución del tipo de las indirectas y que, por tanto, no puede cobrarse sino seis meses después de promulgada dicha ley.

Y si el art. 11, al disponer que todo lo estatuído, en ella, incluso el pago de la cuota cacaotera, —pues otra cosa no puede entenderse— regirá desde su sanción, acorta notablemente aquél lapso de expectativa y adaptación, viola la comentada prescripción constitucional.

Sin que valga la objeción de que, a pesar del art. 11, el cobro de la contribución debe hacerse con arreglo al ordenamiento fundamental, porque tal cosa equivaldría a una contradicción: poner en vigencia toda la ley, según su mandato, a partir de su sanción (art. 11) y no ponerla en vigencia en cuanto al pago y consiguiente cobro de la contribución, en esa fecha (art. 204).

Y es que, si se cumple la primera, parte es de rigor, se viola la segunda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. Bogotá, agosto dieciséis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, en ejercicio de la acción ciudadana que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicita la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 1º, primer inciso, 6º y 11 de la Ley 31 de 1965, cuyos textos expresan:

"Artículo 1º.—Con destino a La Federación Nacional de Cacaoteros, establécese una cuota de dos por ciento (2%) sobre el valor del cacao de producción nacional, como retribución de servicios que contratará el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Agricultura, para desarrollar programas de fomento y protección del cultivo del cacao, regularización de su comercio, y prestación de servicios a los agricultores.

"Artículo 6º.—La cuota establecida en la presente Ley se entregará a la Federación Nacional de Cacaoteros mensualmente por parte de los compradores de cacao o exportadores, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

Parágrafo.—Todo comprador de cacao será responsable fiscalmente por la entrega del gravamen establecido en la presente Ley.

"Artículo 11º.—Esta ley regirá desde su sanción".

LA DEMANDA

Reproduce su autor la totalidad del articulado de la Ley 31 de 1965, a efecto de hacer sobre ella un capítulo que intitula "CONSIDERACIONES GENERALES".

Empieza éste por decir que el constituyente delimitó las facultades de la Rama Legislativa del Poder Público y le señaló taxativamente sus funciones y entre ellas las que se traducen en leyes sin que pueda separarse arbitrariamente de los cánones constitucionales so pena de incurrir en violación expresa de las normas de la Carta que regulan su ámbito.

Agrega que hay normas que exigen requisitos previos para dictar otras, tal ocurre, en sentir del demandante, con las que crean impuestos, pues el artículo 206 de la Carta contempla la prohibición de establecer los que no figuren en el Presupuesto de Rentas.

Pasando a otro tema, considera que la parte primera del artículo 1º de la ley comentada quebranta también el artículo 78 del Estatuto Fundamental, en su numeral 5º, porque es innegable que lo establecido en él "contituye una gratificación". Argumento que refuerza explicando que aquel ordinal prohibe decretar indemnización, gratificación o erogación cuando no sea para "satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente", es decir, derechos o créditos anteriores, y que la ley, en tal precepto legal, creó un impuesto "como retribución de servicios que contratará el Gobierno Nacional", lo que significa que "la destinación del impuesto es para gastos de servicios que se CONTRATARAN, y no, que habían sido CONTRATADOS y por lo tanto causa de créditos constituidos".

Trata luego el demandante de demostrar que el Estado, por medio de leyes, puede fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo pero con arreglo a los planes y programas correspondientes, los que, en el caso, no existen: la Constitución ha sido, por tanto, contrariada.

En el apartado h) de este capítulo escribe el doctor Rendón:

"Cuando el Estado adquiere deudas, bien internas o externas, y provenientes de gastos que demanda la prestación del servicio público, no puede correrse traslado de esa deuda o crédito a un grupo específico de los ciudadanos o a entidades de derecho privado. Si el gasto para cubrir el crédito necesita la imposición de una carga tributaria, esta debe ser de naturaleza general sin que se pueda llamar a resistir su peso a estamento determinado de la sociedad, claro está, respetando la calidad o naturaleza reconocida en la clasificación de los impuestos, y por lo tanto las personas obligadas al pago de él. Pero cuando es el Gobierno Nacional quien contrata a través de los sistemas legales, la prestación de un servicio, esa deuda debe ser a cargo de la República, como así está consagrado en el Art. 203 de la Carta, y no como es pretendido por el Art. 1º de la ley 31 de 1965 que señala a los compradores de cacao de producción nacional como obligados a pagar los servicios que contrata el Gobierno "para desarrollar programas de fomento y protección del cultivo de cacao, regularización de su comercio, y prestación de servicios a los agricultores".

Sostiene también el impugnador que corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, "cuidar de la exacta recaudación de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes", facultad que no puede desconocerle el legislador y de que la Carta le prohibe desprenderse sin llenar los requisitos de su artículo 135.

—o-o—

Fundamentando ya concretamente los motivos de inexequibilidad, afirma que el artículo 1º de la ley 31 de 1965, en la parte trasiscrita, viola:

a) El artículo 76, en su numeral 20;

b) El artículo 78, en su numeral 5º;

c) Los artículos 203 y 206.

El primer cargo lo sustenta alegando que el impuesto de que trata el nombrado artículo de la ley acusada sólo podía haberse creado si el fomento o ayuda que se deduce de la letra y espíritu de tal precepto obedeciera a planes y programas preexistentes a la votación de la ley por el Congreso, los que no existen.

Comenta, al respecto, la jurisprudencia de la Corte y termina diciendo: "como a nuestro entender el legislador no puede hacer divisibles las atribuciones que se le conceden, es decir, acatar únicamente lo que es permitido y desconocer la

parte que condiciona el ejercicio de su atribución, es por lo que sostenemos que se ha violado el artículo 76 en su numeral 20".

La contrariedad entre el citado artículo y el ordinal 5º del 78 de la Constitución, la hace consistir en que el legislador creó un impuesto a favor de una persona de derecho privado —La Federación Nacional de Cacaoteros—, es decir, una gratificación, indemnización, pensión o erogación prohibida por el citado texto constitucional, ya que, de otro lado, no se está en ninguno de los casos de excepción allí contemplados. Pues ni se trata de "créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente" ni está "esa misma creación limitada al fomento de empresas útiles" "con la condición de estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

El tercer motivo de inexequibilidad está expresado en el texto de la demanda así:

"3º.—El Art. 203 de nuestra Carta sostiene que "Son de cargo de la República las deudas interior y exterior reconocidas ya o que en lo sucesivo se reconozcan y los gastos del servicio público nacional.

"La ley determinará el orden y modo de satisfacer estas obligaciones".

"Claramente se ve que cuando un servicio público nacional sea fuente de erogaciones, no puede bajo ningún pretexto llamarse para el pago de ellas a grupos específicos de ciudadanos, por cuanto como dice el Art. transcrito "son de cargo de la República" los gastos de tal servicio, y no se puede olvidar que el Congreso al votar el impuesto contemplativo (sic) en la ley acusada señaló su destinación de servicios a los agricultores".

"Estos servicios, no dichos específicamente en la ley en qué consisten habrá que entenderlos como los consagrados en los artículos pertinentes del título III de la Carta, y sería aberrante aceptar que el gasto que implica la prestación de tales servicios estuviese a cargo de determinado núcleo social, y no de la República, como lo ordena el Art. 203 ya citado, el cual por tales razones resulta violado por el Art. 1º. de la ley 31 de 1965".

Para terminar el estudio del artículo 1º. de la ley, arguye el demandante que el impuesto allí decretado no estaba incluído en el Presupuesto de Rentas y Gastos de la Nación, lo cual viola el artículo 206, garantía democrática mediante la cual los obligados a soportar las cargas tributarias "saben que lo que tributan al Estado va a erogaciones públicas de entradas, que son los que, al fin y al cabo, condicionan los gastos que se pueden hacer".

—o-o—

El artículo 6º. según el demandante, lesiona el artículo 2º. de la Carta, porque el legislador obró "extralimitándose en las atribuciones y términos fijados en la Constitución". No expresa en esta parte el concepto de extralimitación, pero debe entenderse por tal el ya analizado en las "Consideraciones Generales" y el que a continuación presenta para impugnar el mismo texto como contrario a otra norma constitucional.

En efecto, afirma el doctor Bendón que, siendo la Federación de Cacaoteros "una asociación gremial, compuesta de personas naturales y jurídicas que producen cacao", no puede ser señalada para recaudar un impuesto público, y que al hacerlo así el artículo 6º., le arrebató esa facultad al Presidente de la República contrariando el artículo 120 de la Constitución Nacional en su ordinal 12, que reza: "Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ...12.—Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes".

Esto, además, implica una delegación de funciones hecha sin sujeción a las normas del artículo 135 del Estatuto Fundamental, que exige una ley anterior que diga cuáles son las funciones delegables, un Decreto del Gobierno que las transfiera y una calidad específica en quien las reciba, todo lo cual se echa de menos en el texto del artículo 6º. de la ley acusada.

—o-o—

Para finalizar, y presentando el artículo 11 como violatorio del 204 de la Constitución, dice: "...hay qué sostener que el impuesto creado en el artículo 1º. de la ley 31 de 1965 tiene que ser matriculado en la clase de los indirectos y, por tanto, obedeciendo el mandato del artículo 204 de la Carta que prohibe que "ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento (art. 69 del Acto Legislativo Nº. 3 de 1910), este impuesto, por ser indirecto, no podría entrarse a cobrar o, mejor, la ley no podía entrar en vigencia desde su sanción, como lo es ordenado en su artículo 11, que se acusa...".

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador General de la Nación en su vista fiscal, defiende la exequibilidad de los artículos acusados menos la del 11 en cuanto implica el cobro de un impuesto o el descuento de él —de que trata el artículo 2º. de la ley— antes de transcurrir seis meses de promulgada la ley.

Al hacer las consideraciones respectivas la Corte se referirá al importante análisis de la Procuraduría.

CONSIDERA LA CORTE

I.—La parte acusada del artículo 1º. establece una contribución indirecta del dos (2) por ciento sobre el valor del cacao de producción nacional, destinado a la Federación Nacional de Cacaoteros. Debe ésta recibir su importe "como retribución de servicios que contratará el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Agricultura, para desarrollar programas de fomento y protección del cultivo del cacao, regularización de su comercio, y prestación de servicios a los agricultores".

Obvio aparece, entonces, que el propio texto esboza, al menos, un plan o programa de fomento de una industria agrícola de precisa importancia para la Economía Nacional, y por lo tanto, digna de estímulo y apoyo.

Pero el artículo, en su parte acusada, no puede tomarse aisladamente. Es preciso anotar, además, como lo hace el señor Procurador, que el artículo 4º. habla de fortalecer las asociaciones cacaoteras; el 5º., de servicios de labores, asesorías, consultas técnicas, servicios de extensión y fomento, ..., propaganda del cacao colombiano dentro y fuera del país, labores de beneficio y clasificación del grano, organización del mercado nacional e internacional en favor de los cultivadores, servicios gratuitos a quienes los soliciten; el 7º. de información al Ministerio de Fomento "con el objeto de que ese Ministerio asegure la absorción total de la cosecha colombiana"; y el Decreto Reglamentario obligó a la Federación a prestar servicios de:

a) Investigación científica de todos los ramos de la técnica del cultivo del cacao.

b) Establecimiento de campos de experimentación, selección de semillas, análisis de tierras, estudio sobre abonos y demás materias relacionadas con el cultivo.

c) Difusión sobre cultivo técnico del cacao y amplia información a los cultivadores;

d) Prestación a los cultivadores de servicios de consulta y asesoría para mercadeo.

e) Organización de comités en las zonas productoras de cacao y asistencia económica a las asociaciones de que trata el artículo 4º. de la ley que se reglamenta.

Todo lo cual conduce a deducir que con la creación de la cuota impositiva se hizo por el legislador un plan, un programa para el fomento de una industria útil y benéfica.

No hay violación de la Carta por tal motivo, pues la simultaneidad del plan general con la creación del gravámen salva el artículo 1º. de esa tacha. La prelación de esos planes es de forzosa existencia para la inversión del producto de la contribución, pero en ninguna parte exige el Estatuto Fundamental cosa diferente a lo que cumplió la ley, por cierto con desarrollos muy interesantes en su reglamentación.

No prospera, por tanto, el primer cargo, pues ha sido acatado el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

II.—En relación con el segundo, la Corte, siguiendo el razonamiento del señor Procurador, considera:

La contribución que establece la parte primera del artículo 1º. de la Ley 31 de 1965 no quebranta el numeral 5º. del artículo 78 de la Carta, pues no se trata de una gratificación decretada en favor de la Federación Nacional de Cacaoteros. Es un gravamen —como lo denomina el parágrafo del artículo 6º.— cuyo importe es una retribución de servicios que, a virtud de contrato con el Gobierno Nacional, ha de prestar para los múltiples fines indicados en el precedente considerando. La idea de "retribución de servicios" excluye, por elementales razones de lógica, la de gratuidad.

Con toda razón agrega el colaborador Fiscal:

"Los dineros que así reciba la Federación Nacional de Cacaoteros 'no podrán ser invertidos en ninguna forma por esa entidad, hasta tanto se legalice el contrato entre la Federación y el Ministerio de Agricultura de acuerdo con el artículo 1º. de la ley' (Decreto Reglamentario 663, artículo 13), y sobre ellos y sobre su inversión ejercen control el Ministerio de Fomento y la Contraloría General de la República, según el artículo 3º. de la Ley 31; y aún más, si la Federación entrare en receso durante un año o más o se disolviere, los dineros destinados a dicha en-

tidad según la Ley 31 pasarán al Ministerio de Agricultura para defensa de la misma industria (artículo 8º. de la citada Ley).

"No se trata, pues, de fondos que pertenezcan a la Federación, ni menos de gratificación que se haya decretado en su favor contra lo que preceptúa la Carta en el numeral 5º. de su artículo 76".

III.—Reducidos los argumentos sobre violación del artículo 203 de la Carta a su más apretada síntesis, salta a la vista que el impugnador de la primera parte del artículo 1º, de la ley 31 de 1965, considera que se trata de servicios públicos nacionales de cargo de la República y que "no puede bajo ningún pretexto llamarse para el pago de ellos a grupos específicos de ciudadanos".

No parece discutir el demandante la posibilidad de que un servicio público, como el fomento de la industria del cacao, pueda ser prestado por la Federación, persona jurídica de derecho privado, porque él no ignora que "Las más modernas teorías responden afirmativamente cuando sus sostenedores, partiendo de la base de la creciente ingerencia del Estado en la vida privada, observan que a éste se le van presentando problemas de intervención para cuyo acertado tratamiento se requieren una preparación técnica y unas oportunidades de que carecen los funcionarios políticos y los empleados administrativos. Para tal evento —como dice Gabino Fraga—, y ante la imposibilidad de crear en todos los casos necesarios organismos especializados que recargarían considerablemente la tarea y los presupuestos de administración, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en la función administrativa".

Pero aunque admite implícitamente que estos servicios públicos, no emanados de la soberanía, pueden ser prestados por una entidad que tiene iniciativa privada y encargos gubernamentales, considera el actor que su pago se ha cargado a un grupo de ciudadanos.

Lo cual constituye un error, porque se trata simplemente de una contribución que ostenta los caracteres de la debida generalidad, ya que afecta a todos los que se hallan en determinadas condiciones, precisadas en la ley.

Por donde se concluye que no existe violación del artículo 203 de la Constitución.

IV.—Todas las leyes que crean impuestos o contribuciones se dictan para dotar de recursos al Estado sin necesidad de que el cálculo de su producto figure previamente en el Presupuesto de Rentas, ya que lo que constituye, en realidad, el artículo 206 de la Carta, es que "su establecimiento", vale decir, la capacidad del mismo Estado para exigirlos, complemente la norma creadora haciendo figurar los estimativos de la contribución o impuesto en dicho Presupuesto. Si así no fuere y se cobraren, los actos administrativos en que tal cosa se haga infringirían la Norma Fundamental, pero la omisión de este acto posterior a la norma creadora, no afectaría la constitucionalidad de ésta, y para tales situaciones los afectados tendrían, en la ley, los remedios requeridos.

De otro lado, la ordenación legislativa que decreta la contribución o el impuesto no tiene por qué ordenar la inclusión de su estimativo en el Presupuesto de Rentas, porque a esa necesidad provée, precisamente, el artículo 206.

Por consiguiente, la circunstancia de que la Ley 31 de 1965 no haya ordenado que el producto de la contribución que ella crea se incluya en el Presupuesto de Rentas, no afecta su constitucionalidad; y la no inclusión, anterior o posterior, en el Presupuesto, de su posible producido, crearía situaciones ajenas a la cuestión sub-judice y aún a la jurisdicción de la Corte.

No es válida, por tanto, la argumentación de la demanda sobre violación del artículo 206 del Estatuto Constitucional.

V.—La acusación contra el artículo 6º de la ley por cuanto se encarga a la Federación de Cacaoteros de recaudar la contribución, merece varias observaciones que habrán de ceñirse a los reparos formulados.

a).—Corresponde al Presidente de la República "cuidar de la exacta recaudación" de las rentas públicas, función que, en términos generales, realiza a través de sus agentes (Ministerio de Hacienda, Tesorería General de la República y sus colaboradores) y que, después de la Reforma de 1945, y aún antes por virtud de la ley, comparte la Contraloría General de la República en lo relativo a la exactitud.

Pero el simple servicio de recaudación es de aquellos que, como se anotó, por no afectar los fundamentos mismos de la organización esencial del Estado, pueden ser prestados por intermedio de personas naturales o jurídicas, siempre que así lo ordene la ley, quedando a la Contraloría General de la República el control fis-

cal (exactitud) y a la Cámara de Representantes el examen y fenecimiento de la cuenta General del Presupuesto y del Tesoro que le presente el Contralor. En ninguna parte prohibe la Carta que ese recaudo se verifique como lo estatuye la disposición acusada artículo 6º de la Ley 31 de 1965.

No existe, pues, quebrantamiento del ordinal 12 del artículo 120 ni tampoco, por la misma razón, del artículo 2º de la Constitución.

b). —Se afirma que entregar a una entidad de derecho privado la función de percibir la cuota cacaotera es una delegación de atribuciones presidenciales, y que como en el artículo 6º de la Ley 31 de 1965 tal delegación se ordenó sin sujeción a la disciplina del 135 de la Carta, este precepto resulta infringido por el legal acusado.

Obvio resulta expresar que las funciones presidenciales no se ejercitan personalmente por el funcionario que tiene tan alta investidura. Para cumplirlas puede valerse de sus agentes como también de las personas autorizadas por la ley para el desempeño físico de esas labores. Queda, en materia de impuestos, al Presidente, la responsabilidad por la exactitud, que comparte con el Contralor General de la República, cuya función a este respecto es más importante, decisiva y clara - a la luz de la propia Constitución— que la del Presidente, si bien ésta no desapareció del todo a pesar de la Reforma de 1945.

La ley acusada establece, en disposiciones que no pueden olvidarse, el control del Ministerio de Fomento y de la Contraloría sobre el recaudo de esa renta, de donde surge claro que no hay delegación de funciones ejecutivas, sino la creación de un organismo que facilita la percepción de una renta que el Estado invierte, a través de un sistema contractual, en la prestación de servicios de fomento y desarrollo de una industria útil a la economía nacional.

O sea una aplicación correcta de la moderna tesis sobre descentralización por colaboración, ya acogida por el Consejo de Estado (Anales, Tomo LXII, págs. 497 a 533) y por la Ley 151 de 1959, que dispone, como lo recuerda en su concepto el señor Procurador, que "las personas naturales o jurídicas pueden tener, por mandato de la ley *o en virtud de arreglos contractuales, la administración* y o la explotación de *cualesquiera bienes o rentas de la Nación, así como el recaudo y manejo de rentas pertenecientes al erario*" (Subrayas de la Corporación).

Y siendo ello así, no halla la Corte que el artículo 6º de la Ley 31 de 1965 contraríe el 135 de la Constitución Nacional.

VI.—Finalmente, comparte la acusación del artículo 11 de la Ley, así como las razones al respecto expresadas por la Procuraduría.

Los motivos de esa conformidad son los siguientes:

Establece el artículo 204 de la Constitución Nacional que ninguna contribución indirecta empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establece la contribución o el aumento.

Bien entendido que la contribución indirecta incide sobre los que "hacen" y no sobre los que "tienen" como en el caso de la directa, se ha afirmado que esta prescripción constitucional asegura la acomodación del contribuyente, durante el lapso allí previsto, a las nuevas circunstancias, evitando sorpresas perjudiciales a su economía individual que repercuten en el ámbito de la comunidad. Y así, quien "hace" una cosecha, debe cargar el nuevo renglón de costos —la contribución— a situaciones presumiblemente futuras y no pasadas.

Y siendo ésta, en síntesis, la razón que inspira el texto del artículo 204, es obvio que éste consagra una garantía, tan invulnable como las que figuran en el Título III de la Carta Fundamental.

Ahora bien: no existe duda de que la cuota creada por la Ley 31 de 1965, es una contribución del tipo de las indirectas y que, por tanto, no puede cobrarse sino seis meses después de promulgada dicha ley.

Y si el artículo 11, al disponer que todo lo estatuído en ella, incluso el pago de la cuota cacaotera, —pues otra cosa no puede entenderse— regirá desde su sanción, acorta notablemente aquel lapso de expectativa y adaptación, viola la comentada prescripción constitucional.

Sin que valga la objeción de que, a pesar del artículo 11, el cobro de la contribución debe hacerse con arreglo al Canon Fundamental, porque tal cosa equivaldría a una contradicción: poner en vigencia *toda* la ley, según su mandato, a partir de su sanción (art. 11) y no ponerla en vigencia en cuanto al pago y consiguiente cobro de la contribución, en esa fecha (art. 204).

Y es que, si se cumple la primera, como es de rigor, se viola la segunda.

La ley fue promulgada el 9 de noviembre de 1965 (*Diario Oficial* Nº 31.797).

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la función que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, de acuerdo con su colaborador,

DECIDE:

a) Son exequibles la parte 1ª del artículo 1º de la Ley 31 de 1965 y el artículo 6º de la misma.

b) Es inexequible, por inconstitucional, el artículo 11 de la misma ley en cuanto implique que la cuota del dos por ciento (2%) sobre el valor del cacao de producción nacional establecida por el artículo 1º y descontable en la forma indicada en el 2º por las personas que adquieran cacao de producción nacional, se cobre antes de transcurridos seis meses de promulgada la ley, que lo fue el 9 de noviembre de 1965.

Cópiese, notifíquese, publíquese y notifíquese a la Dirección Nacional de Presupuesto y a los Ministerios de Fomento y de Agricultura.

Luis Fernando Paredes, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, con salvamento de voto; *Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña*, con salvamento de voto; *Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Salvamento de voto:

Por no compartir la motivación del fallo, nos vemos en la necesidad de hacer algunas brevísimas observaciones, pues consideramos que las cuotas exigidas a los cacaoteros por el artículo 1º de la ley 31 de 1965, no puede calificarse como una contribución indirecta, sino como una contribución *especial*, en cuanto les impone un escote en retribución de los servicios que reciben de la Federación Nacional de Cacaoteros en la forma determinada en la misma ley y en el correspondiente decreto reglamentario.

Si no se trata de un impuesto indirecto, como lo califica el demandante, resulta que las normas constitucionales que considera violadas son totalmente ajenas a la materia, es decir, no han sido violadas en ninguna forma, como se verá por lo que pasa a exponerse.

1º—La Ley 31 de 1965 tiene claramente una tendencia intervencionista, en cuanto pretende racionalizar el cultivo y aprovechamiento del cacao, mediante el concurso de la respectiva Federación; y por esto, por tratarse del interés de un gremio, en forma directa e inmediata, la cuota del dos por ciento se estableció "como retribución de los servicios que contratará el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Agricultura, para desarrollar programas de fomento y protección del cultivo del cacao, regularización de su comercio y prestación de servicios a los agricultores".

Por tanto, el legislador no pretendió crear un impuesto indirecto general, sino una *contribución especial* que debe ser satisfecha por los mismos favorecidos, y con fundamento en el artículo 32 de la Constitución, sin que tal establecimiento viole en manera alguna el numeral 20 del artículo 76, ni el 3º del artículo 78 ni menos todavía los artículos 203 y 206, porque, se repite, no se trata de un impuesto indirecto, sino de una contribución o escote especial, al cual no le son aplicables las normas constitucionales citadas, que regulan supuestos distintos y con finalidad también diversa.

Para ratificar los anteriores conceptos, del ensayo del doctor Darío Múnera Arango, titulado "El Derecho Económico", se transcribe esto de la página 157:

"La autonomía administrativa fue provocada por causas o motivos económicos. Existen entidades y establecimientos independientes que ejercen funciones importantes: dotados de personalidad jurídica algunos de ellos, creados por el Estado o por el Municipio. Estos entes son el resultado de un proceso descentralista y desintegrador. Ya no caben en el Derecho Público sino en el Derecho Económico; se van adaptando cada vez más a la vida económica y fusionándose con los intereses de los particulares y de la sociedad..."

En la página 171 dice:

"El Derecho Económico no es Derecho Público —ya se quisieran esto los colectivistas—

porque no contempla las relaciones jurídicas del Estado. Es verdad que regula lo que se ha llamado 'intervencionismo de Estado' pero, como ya hemos observado, este intervencionismo se ha venido emancipando del Derecho Público; en su mayor parte se ejerce hoy mediante organismos descentralizados del Estado. Además está presidido no por la consideración de los intereses del Estado (v. gr., interés fiscal) sino por la de los intereses de la economía nacional, que no son públicos sino, más bien, sociales".

En forma más concreta, comentando la reforma constitucional del año de 1945, expone:

"Esta intervención del Estado, que ha de hacerse por mandato de la ley, no ha de ser cumplida únicamente por la Rama Ejecutiva del Poder. 'Estado' está tomado aquí en su noción amplísima: los organismos nacionales, departamentales y municipales, todas las entidades de Derecho Económico (Superintendencia Bancaria, Superintendencia de Sociedades Anónimas, juntas de control de precios, organismos de intervencionismo de fomento, de crédito, etc.). También se extiende a la Rama Jurisdiccional, para abarcar la justicia económica". (Pág. 243).

2º—Para una cabal inteligencia de lo expuesto, como allí se ha hecho referencia a las expresiones *impuestos indirectos* y *contribuciones especiales*, debe determinarse su alcance técnico según las definiciones expuestas por los entendidos en la materia:

El doctor Esteban Jaramillo, en su Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública, define así la palabra impuestos: "... Impuesto es el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos, para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales.

"Decimos que 'es el tributo obligatorio', para distinguir el impuesto de los ingresos públicos de carácter gratuito, como las donaciones, y de los voluntarios, como las tasas; y agregamos, 'sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales', para diferenciar el impuesto propiamente dicho de las contribuciones especiales, del impuesto de valorización y de los honorarios.

"Esta definición señala, pues, en nuestro sentir, las diferencias esenciales que existen entre los impuestos, las tasas y los otros ingresos de derecho público". (Pág. 219).

Más adelante establece la diferencia entre impuesto y contribuciones especiales con estas palabras:

"Se diferencia el impuesto de las contribuciones especiales, en que éstas envuelven también la idea de un beneficio particular para cierta clase o grupo de individuos, mientras que aquel va en provecho de toda la comunidad. Así, por ejemplo, el gravamen establecido sobre los que se sirven de un río navegable, para atender a su canalización y mejoramiento, es un impuesto especial, que redunda principalmente en beneficio de los que hacen uso de dicha arteria.

"Se distingue el impuesto de la tasación especial o gravamen de valorización, en que este último se establece únicamente sobre los propietarios de fincas raíces, para la ejecución de obras públicas que redundan directamente en beneficio de ellos, de suerte que hay en este tributo una idea clara de remuneración o compensación, por el servicio que el Estado presta a los dueños que lo pagan". (Págs. 220 y 221).

Como fácilmente puede apreciarse, la cuota del dos por ciento creada por el artículo 1º de la Ley 31 de 1965, no puede calificarse como impuesto, sino que tiene la categoría de una contribución especial, porque conlleva, como lo dice el mismo artículo, la idea de retribución de los servicios y asistencia técnica que reciben o recibirán los cultivadores de cacao y, en consecuencia, no afecta sino a un gremio o grupo de ciudadanos, ni se puede aplicarle las disposiciones constitucionales que reglamente los impuestos indirectos e indebidamente citadas por el actor como violadas.

3º—El artículo 11 de la ley, aun cuando se califique el escote o cuota de los cultivadores de cacao como un "impuesto indirecto", no viola el artículo 204 de la Constitución, porque allí expresamente se refiere a que no podrá COBRARSE sino seis meses después; y el cobrar un impuesto o hacerlo efectivo es un acto distinto a la vigencia de la ley que lo establece, porque, en primer lugar, sería un acto administrativo posterior y, por otro, presupone la vigencia de la ley, pues de otra manera los seis meses no correrían jamás.

Una vez que entre en vigencia la ley, sea desde su sanción o desde su promulgación, corresponde al Ejecutivo reglamentarla y fijar la fecha en la cual debe percibirse, o mejor, cobrarse el impuesto creado; y si se hace efectivo antes de los dichos seis meses, será el decreto ejecutivo o el respectivo acto administrativo los que violen el artículo 204 de la Carta, que serían acusables ante la jurisdicción de lo contencioso

administrativo mediante el ejercicio de acción de anulación o de la plena jurisdicción, según el caso.

Además, como lo ha dicho la Corte en forma reiterada, las sentencias de inexequibilidad no tienen efecto retroactivo, sino que operan para el futuro a modo de una derogación de la norma legal; y si esto es así, la declaración de inexequibilidad del artículo 11 resulta inane, porque, no obstante la ejecutoria de la sentencia, el vencimiento de los seis meses es ya un hecho consumado e irreversible, ni la vigencia de la ley podrá suspenderse, ni siquiera el cobro de la contribución, pues, en estos casos, lo que únicamente procede es el ejercicio de la correspondiente acción administrativa para que los contribuyentes a quienes se les haya hecho efectivo el impuesto antes del término fijado por el artículo 204, se les restituya lo "indebidamente pagado", sin que la supuesta inconstitucionalidad del artículo 11 tenga ninguna consecuencia para deshacer la situación individual creada por el acto administrativo que hizo efectivo el impuesto antes de tiempo, si esto hubiere ocurrido.

En resumen, una cosa es la creación del impuesto a partir de la sanción o promulgación de la ley; y otra hacerlo efectivo o cobrarlo transcurridos los seis meses de que habla la disposición constitucional; de modo, pues, que no existe contradicción alguna porque no se afirma una cosa bajo el *mismo aspecto* ni al *mismo tiempo*, sino bajo aspectos distintos y en función de momentos o tiempos diferentes.

Fecha ut supra,

Efrén Osejo Peña, Enrique López de la Pava,

LA CORTE DECLARA QUE NO ES EL CASO DE HACER UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO SOBRE LA ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 0031 DE 22 DE FEBRERO DE 1957 "POR EL CUAL SE CEDE LA ISLA DE TIERRA BOMBA AL MUNICIPIO DE CARTAGENA".

Cuando las disposiciones acusadas han sido incorporadas con posterioridad en otra ley o decreto, hay sustracción de materia para que la Corte pueda pronunciarse sobre su exequibilidad, si no ha sido demandada la nueva ley o el nuevo decreto. Y para la competencia no cuenta que dichas normas sigan produciendo efectos.

Ha sostenido la Corte, y en ello apoyo su declaración de exequibilidad de la ley 2ª de 1958, que todos los Decretos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad extraordinaria que le confiere el art. 121 de la Constitución, a partir del 9 de noviembre de 1948, vigentes en la fecha de la respectiva sanción, quedaron incorporados en la mencionada ley, derivando de ella su fuerza obligatoria de ahí en adelante, y de las 105 de 1959 y 75 de 1960 que posteriormente prolongaron su vigencia, y no de la potestad especial con que el art. 121 inviste al Presidente en casos excepcionales; o lo que es lo mismo, que dejaron de ser decretos emanados del poder de Gobierno —ampliado cuando se presenta una perturbación del orden público—, que constitucionalmente corresponde al Jefe de Estado, para convertirse en verdaderas leyes formales por su origen.

Por otra parte, la doctrina de la Corte ha sido constante en el sentido de que, cuando las disposiciones de un decreto son incorporadas en una ley posterior, la Corte no puede decidir sobre la exequibilidad de aquél, por substracción de materia, ya que no se trata de que tales disposiciones continúen o no produciendo efecto, sino de que lo vigente no es ya el decreto sino un estatuto distinto, sobre el cual no se ha presentado demanda ni que la Corte tenga que ocuparse; "de manera que si la Corte fallara en cualquier sentido tendría que hacerlo sobre lo nuevo y no sobre lo substituido, es decir, que fallaría sin demanda; pero si su fallo se concretara a lo que fue objeto de la solicitud, de hecho dejaría sin acción futura o posible aquello que aún no se ha demandado. Es decir, que también en este inaceptable supuesto estaría pronunciándose oficiosamente" (G. J. LXXVII, 338).

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — Bogotá, veintidós (22) de agosto de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, el ciudadano Julián Villegas López acusó ante la Corte, para que por el trámite de la Ley 96 de 1930 decida sobre su exequibilidad, el decreto número 0031 de 22 de febrero de 1957 "por el cual se cede la isla de Tierra Bomba al municipio de Cartagena", dictado en desarrollo del Decreto 3518 de 1949 con fundamento en el artículo 121 de la Carta.

El texto del decreto acusado es el siguiente:

"Decreto Legislativo número 0031 de 1957.
"(Febrero 22)

"Por el cual se cede la Isla de Tierra Bomba al municipio de Cartagena.

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

"CONSIDERANDO:

"Que por Decreto número 3518 de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

"Que conforme al Decreto 121 de 1950 (enero 18), fue destinado para el servicio exclusivo de la Armada Nacional toda la Isla de Tierra Bomba, en la Bahía de Cartagena, Departamento de Bolívar;

"Que por razones técnicas la Base Naval A.S.C. "Bolívar", no fue construida en dicha Isla, y por lo tanto, ha quedado sin objeto la destinación prevista en el referido decreto;

"Que el Gobernador de Bolívar, en desarrollo de la Ordenanza número 1 de fecha 3 de octubre de 1956, del Consejo Administrativo Departamental, ha solicitado del Gobierno Nacional la cesión de la Isla de Tierra (sic) Bomba, con el fin de ejecutar algunas obras de utilidad pública, y

"Que las mencionadas obras son de interés para el Departamento de Bolívar y la ciudad de Cartagena, por cuanto tienden a incrementar el desarrollo urbanístico de esa ciudad,

DECRETA:

"Artículo 1º—Cédese, a título gratuito, al Municipio de Cartagena, la Isla de Tierra Bomba, ubicada en la Bahía de Cartagena, Departamento de Bolívar, con excepción de las zonas que se reserve la Armada Nacional.

"Parágrafo.—Una comisión formada por el Ministerio de Obras Públicas, el Comandante de la Armada Nacional, el Gobernador de Bolívar, y el Alcalde de Cartagena, asesorados por un técnico del Instituto "Agustín Codazzi", hará la correspondiente delimitación de la Isla.

"Artículo 2º—Autorízase al Ministro de Obras Públicas para hacer la escritura correspondiente al Municipio de Cartagena, una vez cumplido el parágrafo anterior.

"Artículo 3º—Las obras necesarias para la urbanización y embellecimiento de la Isla, serán realizadas por el Departamento de Bolívar, de conformidad con la Ordenanza número 1 de 3 de octubre de 1956, del Consejo Administrativo de dicho Departamento.

"Artículo 4º—Declárase de utilidad pública las tierras de propiedad de particulares existentes en la mencionada Isla.

"Artículo 5º—Este Decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias".

La demanda se endereza a obtener pronunciamiento de inexequibilidad de las normas transcritas, fundada en que "el ejecutivo, al dictar el Decreto legislativo número 0031 de 1957, infringió el artículo 121 de la Constitución, ya que en su expedición excedió los límites de su función extraordinaria, llegando en tal forma al abuso o desvío de poder". Manifiesta, a este propósito, el demandante, que la materia sobre que versa el decreto no está vinculada al restablecimiento del orden público, ni sus disposiciones tienen el carácter temporal y transitorio que se exigen en la legislación de emergencia.

El señor Procurador General de la Nación, por su parte, expresa en su concepto que "no es el caso de que la H. Corte proceda a pronunciarse sobre el fondo de la demanda en razón de que no hay materia para ello", pues "por mandato del legislador contenido en las leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960, los decretos extraordinarios quedaron convertidos en leyes".

Se considera:

El 16 de agosto de 1958 el Congreso Nacional expidió la Ley 2ª de ese año, cuyo artículo 1º dispuso:

"Con el fin de que el gobierno pueda declarar restablecido el orden público, sin que esa medida ocasione trastornos de carácter jurídico, tendrán fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959 los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Constitución Nacional, y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados para la fecha de la sanción de la presente ley".

Esta disposición fue acusada por inconstitucional ante la Corte, por infringir, en opinión del demandante, el artículo 121 de la Carta, habiendo sido declarada exequible por la Sala Plena en fallo de 11 de agosto de 1959, en el que se expusieron los siguientes motivos como fundamento de la decisión:

"Debe llegarse a la conclusión de que el texto de los decretos quedó incorporado por remisión de ella en la Ley 2ª de 1958. Para la Corte, en consideración de la necesidad superior de la restauración del orden público sin que se ocasionaran trastornos jurídicos, el Congreso recogió en la ley aludida antes de la terminación del estado de sitio en la mayor parte del país, el contenido de los decretos legislativos, y siendo difícil reproducirlos por razones de notorio conocimiento remitió su contenido al original,

así como el legislador de 1887 remitió al contenido de los códigos y como el de 1945 al contenido de los reglamentos del Congreso. En suma, se produjo una nueva emisión de la voluntad legislativa con igual contenido al de los decretos correspondientes, es decir, que no se prolongarán éstos como tales, sino que ante la dificultad de incorporar su texto, la ley hizo referencia al que aparece en cada uno de ellos, por lo cual no viola el precepto acusado el artículo 121, inciso 4, de la Constitución".

Ha entendido la Corte, así pues, y en ello apoyó su declaración de exequibilidad de la Ley 2ª de 1958, que todos los decretos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad extraordinaria que le confiere el artículo 121 de la Constitución, a partir del 9 de noviembre de 1949, vigentes en la fecha de la respectiva sanción, quedaron incorporados en la mencionada ley, derivando de ella su fuerza obligatoria de ahí en adelante, y de las 105 de 1959 y 79 de 1960 que posteriormente prolongaron su vigencia, y no de la potestad especial con que el artículo 121 inviste al Presidente en casos excepcionales; o lo que es lo mismo, que dejaron de ser decretos emanados del poder de gobierno —ampliado cuando se presente una perturbación del orden público—, que constitucionalmente corresponde al Jefe del Estado, para convertirse en verdaderas leyes formales por su origen.

Por otra parte, la doctrina de la Corte ha sido constante en el sentido de que, cuando las disposiciones de un decreto son incorporadas en una ley posterior, la Corte no puede decidir sobre la exequibilidad de aquél, por substracción de materia, ya que no se trata de que tales disposiciones continúen o no produciendo efecto, sino de que lo vigente no es ya el decreto sino un estatuto distinto, sobre el cual no se ha presentado demanda en que la Corte tenga que ocuparse; "de manera que si la Corte fallara en cualquier sentido tendría que hacerlo sobre lo nuevo y no sobre lo substituído, es decir, que fallaría sin demanda; pero si su fallo se concretara a lo que fue objeto de la solicitud, de hecho dejaría sin acción futura o posible aquello que aun no se ha demandado. Es decir, que también en este inaceptable supuesto estaría pronunciándose oficiosamente" (G. J. LXXVII, 339).

El decreto ahora acusado fue dictado por el señor Presidente de la República en uso de las facultades que le otorga el artículo 121 de la Constitución, el 22 de febrero de 1957, en consideración a que por medio del decreto 3518 de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, y estaba vigente cuando se expidió la ley 2ª de 1958; de suerte que, de conformidad con lo expuesto, cuando el demandante ejercitó la acción de inexequibilidad había ya desaparecido la sujeta materia de la acción, por lo cual no es el caso de que la Corte haga sobre el tema del decreto un pronunciamiento de fondo.

Consiguientemente, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y en ejercicio de la jurisdicción especial que le confiere el artículo 214 de la Constitución, declara que no es el caso de hacer un pronunciamiento de fondo sobre la acción de inexequibilidad del decreto extraordinario número 0031 de 22 de febrero de 1957.

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

Luis Fernando Paredes A., Presidente; *Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Crótatas Londoño, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Arturo C. Posada, Carlos Peláez Trujillo, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LEY 15 DE 1959, POR LA CUAL SE DA MANDATO AL ESTADO PARA INTERVENIR EN LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE

Es función del Legislador señalar el término de la vigencia de una ley o prorrogarlo si aún no hubiere expirado. Alcance de la intervención del Gobierno en la industria de transporte.- Sentido del artículo 13 de la ley arriba citada.- Auxilio patronal de transporte.- Computabilidad de su pago para efectos de deducciones.

1.- El hecho de que una ley fije el término constitutivo de la vigencia de sus normas o prorrogue la de otras, no ofrece en sí mismo nada de inconstitucional, sino que antes bien proyecta uno de los atributos inherentes a la soberanía legislativa. Si la función legislativa envuelve para su titular, no solamente la facultad de señalar el término de la vigencia de las leyes que expida, sino la de prorrogar ese término mientras no haya expirado, es claro que el precepto que se contempla, por cuanto se limitó a prorrogar por cierto tiempo la vigencia de otros que eran exequibles, mal podría ser tachado de inconstitucionalidad.

2.- En cuanto a la aplicación de la ley 15 de 1959, se trata de un mandato impartido al Gobierno por la ley, de carácter intervencionista, en el cual se fijó el momento en que debía comenzar esa intervención, la industria en que debía realizarse y el radio de su operabilidad, que se extendía precisamente a los fines singularizados, entre otros ordinales del dicho artículo 1º, en los a), b), y c) preinsertos.

En tal forma quiso el Legislador controlar la industria del transporte automotor, señalando los medios de que el Gobierno debía servirse al efecto, tales como son los indicados en estos tres ordinales. Le quedaba así al Gobierno el deber de cumplir el mandato legal de intervención, usando para ello de su potestad reglamentaria y pudiendo entonces realizar, por medio de actos jurídicos o materiales, el propósito buscado por el Legislador, siempre que el hacerlo no extralimite el radio señalado concretamente por la ley a la intervención (Sent. 30 de noviembre 1948, LXV, 2038/67, pág. 49).

Todo lo cual muestra que las disposiciones que informan el artículo 1º de la ley 15 en lo correspondiente a sus ordinales a), b) y c) citados como están al amparo del artículo 32 del Estatuto Fundamental, cuyos imperativos satisfacen, son ciertamente exequibles.

Aparte lo cual, cabría considerar, en lo atinente a la revisión y la fiscalización de los reglamentos de las empresas de transportes o conducciones, que esa función puede ejercerla el Gobierno por orden de la ley, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 39 de la Carta.

Si bien dicho, ordinal a) del artículo 1º de la ley 15 de 1959 reza que, para organizar y patrocinar empresas de tal industria, el Gobierno podrá "expropiar o adquirir los equipos pertenecientes a particulares, previa indemnización o arreglo contractual sobre el pago", es claro que ese mandato, que nada dice sobre la forma de la expropiación, no puede entenderse sino en el sentido de que lo que él prevíene en el punto ha de realizarse con arreglo al artículo 30 de la Carta. Para algo expresa el mismo artículo 1º de la ley 15, que lo que él dispone viene en desarrollo del artículo 30 de la constitución, entre otros.

Ciertamente como lo enseña el artículo 4º de la ley 153 de 1887, "la doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes", por lo tanto, en cuanto una norma legal, como en la especie de que ahora se trata, admita una inteligencia que se conforma a la Constitución, es en ese sentido, y no en otro, como debe suponerse expedida por el Legislador.

Entonces, cuando el ordinal a) del artículo 1º de la ley 15 dice que el Gobierno podrá expropiar los equipos de transportes pertenecientes a particulares, su preceptiva, en armonía con la del tronco del precepto, apenas significa que se define como motivo de utilidad pública la obtención de tales equipos, con destino a la organización y patrocinio de las empresas de transportes a que el propio ordinal se refiere, lo que haya de articularse, sin necesidad de términos sacramentales al respecto; que el Gobierno dispondrá proceder a tal expropiación; y que ésta se efectuará mediante sentencia judicial

o indemnización previa, como lo ordena el artículo 30 de la ley de leyes. Dicen, que, en consecuencia, no padece, por causa de lo dispuesto en el ordinal a), quebranto alguno.

Aunque el parágrafo del artículo 1º de la ley 15 de 1959 emplea el vocablo "delegar", es lo cierto que tal texto no trata de la delegación de funciones presidenciales en el específico sentido contemplado por el artículo 135 de la Carta, canon éste en cuya virtud el Presidente queda exento de responsabilidad por los actos del delegatorio quien la ejerce integramente, y los cuales actos, cuando se han realizado por éste dentro de los límites de la delegación conferida, con arreglo a la ley, tienen pleno valor e inmediata eficacia tal y como si hubieran sido directamente efectuados por el propio Presidente de la República, sin perjuicio de la facultad que a éste confiere el mismo precepto para reformar o revocar tales actos, reasumiendo entonces la responsabilidad consiguiente.

Como se ve, bien distinto es el mecanismo establecido por el parágrafo del artículo 1º de la ley 15, para permitir el logro del objetivo intervencionista de que trata el ordinal f) del mismo artículo, pues, si autoriza al Gobierno para delegar tanto en los Gobernadores, como en los alcaldes de los municipios cuya organización en materia de tránsito satisfaga las exigencias del parágrafo, la facultad de fijar las tarifas del transporte urbano correspondientes, no estatuye sobre ella con el sentido de reconocer a las determinaciones de dichos Gobernadores y Alcaldes en el particular eficacia alguna, mientras no sean aprobadas por el Gobierno, como así resulta de la última parte del parágrafo cuando dispone que "para la aplicación de las determinaciones que se dicten en virtud de esta delegación se requiere la previa autorización del Gobierno Nacional". Lo que vale decir que no se desplaza a ésta el poder administrativo en cuya virtud tales determinaciones sobre tarifas de transporte urbano tengan fuerza obligatoria y que, por lo tanto, permanezca en éste la responsabilidad consiguiente por la adopción de esas regulaciones.

Si, pues, la llamada delegación de que trata el parágrafo en examen no es la que mira el artículo 135 del Estatuto, y pudo ser prevista por el Legislador en orden a la intervención a la industria del transporte, dentro del ámbito del artículo 32 ibídem, es claro que el susodicho parágrafo no es en forma alguna violatorio del artículo 135 de la ley de leyes.

3º.- La facultad que artículo 16 de la ley 15 de 1959 le otorga al Gobierno no es sino una aplicación de la consignada en el ordinal b) del artículo 1º de la misma ley cuya exequibilidad ha quedado establecida a la luz de los arts. 32 y 39 in fine del Estatuto. Es que sí, por razón de lo dispuesto en el artículo 1º, pudo la ley con arreglo a la Constitución investir de poder al Gobierno para reglamentar el funcionamiento de las empresas de transportes y la prestación de sus servicios consecuencialmente podía disponer, como lo hace el artículo 16, que "El Gobierno queda facultado para determinar los requisitos que deberán llenar las empresas privadas de transporte urbano colectivo para beneficiarse de los subsidios oficiales y de las importaciones, en los términos establecidos en el artículo 1º de la presente ley, o de cualquier otro privilegio que se establezca en el futuro". La constitucionalidad de este texto se refugia, por lo tanto, en el ámbito de los aludidos cánones 32 y 39 in fine de la Carta.

Cuando una disposición legal admite una interpretación acorde con el espíritu de la Carta, es ésa la que ha de darse y no la que sería inexequible, puesto que no es de suponer en el Legislador el propósito deliberado de expedir preceptos que estén en oposición a la ley de leyes. En el presente caso, cuando el artículo 16 de la ley 15 habla de los requisitos que deberán llenar las empresas privadas de transporte urbano colectivo para poder beneficiarse de cualquier "privilegio que se establezca en el futuro", fuera de que el texto no consagra de presente privilegio alguno, no se está refiriendo a los que contempla dentro de un concepto específico y exclusivista del inciso 3º del artículo 31 del Estatuto, sino a la noción de privilegio en un sentido genérico, natural y obvio, de gracia, prerrogativa o exención. Lo que en el pensamiento del artículo 16 de la ley se muestra apenas como uno de los medios de patrocinio y fomento de empresas privadas de transporte urbano colectivo que, allanándose a las regulaciones oficiales, sirvan de la mejor manera posibles a las necesidades del público. Así que este precepto en nada infringe el artículo 31 de la Constitución.

4.—El ordenamiento de que "Para tener derecho a las deducciones que por sueldos pagados reconocen las leyes del impuesto sobre la renta, se requerirá que el contribuyente acredite que ha efectuado todos los pagos por auxilio de transporte a los trabajadores y por la cuota que le corresponde aportar al fondo", cabe dentro de la potestad del Legislador de organizar y regular lo concerniente al régimen impositivo de la Nación, potestad que finca en disposiciones tales como los ordinales 13 y 15 del artículo 76 de la Carta. Si es propio del Legislador establecer impuestos —tal el de la renta—, consecuencialmente lo es el que determine, no solo las deducciones que para fijar la base impositiva puedan hacerse, sino los requisitos para tener derecho a esas deducciones.

Como lo definió la Corte en su sentencia de 22 de octubre de 1960, "la cuota o auxilio patronal a que se refiere la ley 15 de 1959 está muy lejos de ser impuesto directo o indirecto", sea que se lo considere bajo el ángulo de prestación de los patronos a los trabajadores, o bajo el aspecto de aportación a un "Fondo para el Transporte", según los artículos 7º y 6º de la ley, los que ya deja-

ron la regla. Entonces la vigencia de la ley, en cuanto por ésta se estableció la cuota o auxilio patronal de transporte, no tenía por qué sujetarse al aplazamiento de seis meses impuesto por el art. 204 de la Carta. Bien pudo, pues, el legislador sin contrariar precepto alguno de ésta, disponer que la ley 15 rigiera desde su sanción.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — Bogotá, veintidós de agosto de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

El ciudadano *doctor Elías Abad Mesa*, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Carta, ha venido a demandar ante la Corte Suprema de Justicia la declaración de que son inexequibles las disposiciones legales que cita y transcribe así:

"LEY 15 DE 1959

"ARTICULO 1º—En desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución Nacional, el Gobierno, en representación del Estado y por mandato de esta Ley, intervendrá en la industria del transporte automotor, tanto urbano como en servicio por carreteras, para la movilización de carga y pasajeros, con los siguientes objetivos:

"a) Organizar y patrocinar empresas públicas, privadas o mixtas de carácter distrital, municipal, departamental o nacional, pudiendo expropiar o adquirir los equipos pertenecientes a particulares, previa indemnización o arreglo contractual sobre el pago;

"b) Reglamentar el funcionamiento de dichas empresas y la prestación de sus servicios;

"c) Hacer o autorizar importaciones de vehículos y repuestos, pudiendo modificar o eliminar las tarifas aduaneras, requisitos y demás gravámenes de importación de elementos destinados a ese servicio público. Además, el Gobierno podrá intervenir para regular los precios de venta al público de todas estas mercancías;

"d) Fijar para todas las ciudades del país las tarifas de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental, y establecer la forma de pago o prestación del servicio de transporte que por esta Ley le corresponde al empleador en beneficio del empleado; y

"e) Establecer cuando las necesidades del transporte urbano en otras ciudades del país lo exijan, y en forma transitoria mientras se establecen tarifas definitivas, el sistema previsto en esta Ley para el Distrito Especial de Bogotá, y en consecuencia señalar el monto, forma de pago, distribución y recaudo del auxilio patronal por transporte allí previsto.

"PARAGRAFO. La facultad establecida en el ordinal d) del artículo anterior, y en cuanto hace relación al servicio urbano, podrá delegarla el Gobierno en los Gobernadores o en los Alcaldes, cuando los respectivos Municipios tengan una organización adecuada en sus dependencias de Tránsito y Transportes, de acuerdo con las reglamentaciones que dicte el Gobierno sobre el particular. Para la aplicación de las determinaciones que se dicten en virtud de esta delegación, se requiere la previa autorización del Gobierno Nacional".

"ARTICULO 7º—En el D. E. de Bogotá, las cuotas que pagarán los patronos y que se determinan en el artículo 6º, tendrán la siguiente destinación:

"a) .....

"b) Diez centavos ($ 0.10) o la cuantía que indique el Gobierno por cada viaje, que serán entregados al Estado mensualmente mediante el sistema de recaudo que se establezca en el Decreto reglamentario de esta Ley, en las oficinas que el Gobierno determine.

"PARAGRAFO. Las disposiciones de que tratan los artículos 6º y 7º de la presente Ley tendrán carácter transitorio y su vigencia terminará el 31 de diciembre de 1960.

"ARTICULO 8º—Las sumas a que se refiere el ordinal b) del artículo anterior, entrarán a una cuenta especial denominada 'Fondo para el Transporte en el D. E. de Bogotá'.

"ARTICULO 9º—El Fondo de que trata el artículo anterior, tendrá personería jurídica por ministerio de esta Ley, y será manejado por una junta administradora compuesta de seis (6) miembros así: Un (1) miembro nombrado por el Presidente de la República; el Ministro de Fomento o su delegado; el Alcalde Distrital de Bogotá o su delegado; un (1) miembro elegido por el Consejo Distrital de Bogotá; un (1) representante de las empresas de transporte urbano legalmente constituídas, escogido por el Presidente de la República de una lista de cuatro (4) nombres que dichas empresas pasarán con tal objeto; un

(1) representante de las Confederaciones Sindicales, escogido por el Presidente de la República de una lista compuesta de cuatro (4) nombres que tales organismos pasarán en representación de la C. T. C. y la U. T. C. Este Fondo será fiscalizado por la Contraloría General de la República. Además, el Gobierno Nacional señalará periódicamente la cuota de administración necesaria para el manejo de dicho Fondo, que tendrá los siguientes objetivos:

"a) Auxiliar a la empresa del D. E. de Bogotá y a las empresas particulares que presten el servicio de buses, en la forma y cuantía que indique el Gobierno, o en la suma equivalente a la diferencia entre la tarifa que se fije oficialmente y el costo económico de transporte por pasajero, que el Gobierno deduzca y señale con este fin. Para que las empresas privadas tengan derecho a recibir este auxilio, deberán someterse a los reglamentos sobre condiciones y controles que el mismo Gobierno establezca;

"b) Promover la organización de empresas en la forma prevista en el ordinal a) del artículo 1º de esta Ley.

"PARAGRAFO. La Junta de que trata el artículo precedente actuará por el término de la vigencia de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la presente Ley".

"ARTICULO 11.—Para tener derecho a las deducciones que por sueldos pagados reconocen las leyes del impuesto sobre la renta, se requerirá que el contribuyente acredite que ha efectuado todos los pagos por auxilio de transporte a los trabajadores y por la cuota que le corresponde aportar al Fondo".

"ARTICULO 16.—El Gobierno queda facultado para determinar los requisitos que deberán llenar las empresas privadas de transporte urbano colectivo para beneficiarse de los subsidios oficiales y de las importaciones, en los términos establecidos en el artículo 1º de la presente Ley, o de cualquier otro privilegio que se establezca en el futuro".

"ARTICULO 19.—Esta Ley rige desde su sanción".

"LEY 87 DE 1960

"ARTICULO 1º Prorrógase la vigencia de los Artículos 7º y 8º de la ley 15 de 1959, hasta cuando las condiciones económicas del transporte urbano colectivo lo requieran y a juicio del Gobierno Nacional. Esta prórroga en ningún caso podrá regir más allá del 31 de diciembre de 1961.

"ARTICULO 2º El Gobierno Nacional, de acuerdo con el mandato constitucional, fijará las tarifas de servicio urbano colectivo en las ciudades que lo considere necesario, pudiendo mantener o suprimir el monto de los subsidios de conformidad con los estudios que al efecto se realicen sobre el servicio de transporte.

"PARAGRAFO. El Gobierno podrá establecer tarifas diferenciales de acuerdo con las distancias, hora de prestación del servicio, calidad de los vehículos empleados para el transporte urbano e intermunicipal, y demás condiciones técnicas, a la vez que podrá establecer las condiciones mínimas para prestar dicho servicio.

"ARTICULO 3º Esta ley regirá desde su sanción, pero en todo caso surtirá efectos desde el 1º de enero de 1961".

Con el propósito de abonar su pedimento, el demandante despliega una serie de consideraciones, la mayor parte de las cuales recoge en resúmenes de que se da cuenta en seguida:

— I —

Luego de sostener que el artículo 1º de la ley 15 de 1959 infringe los preceptos 30, 32, 39, 43, 76 (numerales 11 y 12), 120 (atribuciones 3ª y 14ª), 135 y 201, de la Constitución, y de hacer al respecto detenidas alegaciones, concluye literalmente así:

"En razón de lo expuesto, resumiendo, el ARTICULO 1º que acuso viola los citados textos así:

"a) En conjunto, tenidos en cuenta su primer inciso y el título de la ley, el artículo 32, en cuanto incluya dentro del alcance de éste materias —régimen de la propiedad, transportes e impuestos— que se regulan con otras normas constitucionales, tacha que concreto a los ordinales a), b), d), e) y parágrafo de dicho artículo;

"b) el mismo artículo 32 porque da al Gobierno la representación que de modo privativo, directo y exclusivo, corresponde al Congreso; porque en sus ordinales a), en concordancia con el artículo 9º (b) y parágrafo, y e) en concordancia con el artículo 7º - b), y uno y otro ordinal con el artículo 1º de la ley 87 de 1960, confiere al Gobierno facultades que son extraordinarias, y porque suponiendo que el legislador se propuso otorgar al Gobierno autorizaciones de otro orden, las que comprende dicho artículo 1º no pueden encajar constitucionalmente dentro de las ordi-

narias o no son por su naturaleza de las administrativas previstas en el ordinal 11 del artículo 76, o porque su ejercicio implica necesariamente que se exceda la potestad reglamentaria, y todo ello con desconocimiento, además, de lo preceptuado en los numerales 11 y 12 del artículo 76 y 3 del artículo 120;

"c) En su ordinal a) viola el artículo 30 al pretermitir por acción y por omisión la parte del mismo relativa a expropiaciones, y, en concordancia con el ordinal c) del artículo 1º acusado y con los artículos 7º - b), 8º y 9º - a) y 1º de la Ley 87 de 1960, y por trasladar funciones estatales de orden nacional a organismo no visible constitucionalmente, infringe, fuera de tal artículo 30, los artículos 57, 76 (ordinal 9º), 120 (ordinales 3º, 5º y 14) y 135, de lo cual volveré a ocuparme al puntualizar tachas a otras normas de la referida Ley 15;

"d) En sus ordinales b), d), e) y parágrafo, viola el artículo 39, inciso cuarto, en cuanto excede las prescripciones constitucionales que en materia de transporte sólo o concretamente admiten la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de las empresas respectivas;

"e) También en su ordinal e), en concordancia especialmente con los artículos 7º - b), 8º y 9º y 1º y 2º de la Ley 87 de 1960, y en cuanto autoriza y continúa autorizando al gobierno para extender a otras 'ciudades' —vocablo *injurídico* o no aplicable a las distintas de Bogotá— el sistema previsto para el Distrito Especial y para 'señalar el monto —distribución—', etc. del llamado auxilio, o, más bien, 'Subsidio Oficial' (artículo 16 ley 15), que es un impuesto, viola los artículos 43 y los demás que señalo adelante respecto de los artículos 7º - b), 8º y 9º, y

"f) En su parágrafo, por cuanto permite al Gobierno delegar en los alcaldes, o más allá de lo constitucionalmente admisible, funciones presidenciales, infringe el artículo 135, suponiendo por otra parte que para los fines del ordinal d) y con base en el artículo 39 de la Carta el Gobierno pudiera fijar unilateralmente las tarifas y los reglamentos de transporte, y viola también el artículo 201 en cuanto los alcaldes son agentes directos de los respectivos gobernadores, quienes tampoco pueden *delegar* sus atribuciones".

—II—

Pasando luego al artículo 7º de la ley 15 de 1959, dice que este artículo, en su inciso 1º o encabezamiento, en su ordinal b) y conforme al texto del artículo 1º de la ley 87 de 1960, y éste, y los artículos 8º, 9º (ordinal a) y 16 de la ley 15 que también lo complementan y desarrollan, violan los preceptos 30, 31, 32, 43, 76 (ordinales 4, 11, 12, 13, 16 y 20), 78 (ord. 5º), 203, 204 y 206 de la Carta, por razones que condensa luego en el siguiente resumen: "Los artículos 7º, 8º, 9º y 16º de la Ley 15 de 1959 y el 1º de la Ley 87 de 1960, violan, por las razones expuestas, los citados textos así:

"1) El 7º —exceptuado su ordinal a)— en cuanto faculta al Gobierno para variar la cuantía de la contribución que crea, infringe el artículo 43; en cuanto esa facultad, temporal por efecto del artículo 1º de la Ley 87 de 1960, es extraordinaria, contraviene el ordinal 12 del artículo 76, o, si se la considera ordinaria, el ordinal 11 de este último artículo; en cuanto se hubiere expedido como medida de intervención del Estado, contraviene también los referidos preceptos del artículo 76 y el artículo 32; en cuanto el impuesto que en él se establece, que es indirecto, *no se incluyó ni se ha incluido*, como debió hacerse desde la sanción de la ley, en los *respectivos presupuestos de rentas y erogaciones ni en actos equivalentes o para el plazo de su vigencia*, viola el artículo 206; en cuanto el impuesto a que refiere rige desde la sanción de dicha Ley 15 de 1959, no obstante, repito, ser indirecto, viola también el artículo 204;

"2) El artículo 8º en concordancia también con el ordinal c) del artículo 1º de la misma ley 15 de 1959 y con el 1º de la Ley 87 de 1960, adolece consecuencialmente de las tachas que aduzco respecto del 7º y de dicho ordinal c) del artículo 1º;

"3) El artículo 9º —sin perjuicio de otros reparos que formulo más adelante—, en cuanto en su ordinal a) destina la contribución que se crea por el artículo 7º —b) a empresas o entidades ajenas al servicio público nacional contribución que según el ordinal c) del artículo 1º puede extenderse a otras ciudades distintas del D. E. viola, ante todo, los artículos 76 (ordinales 4 y 20), 78 (ordinal 5º) y 203, y asimismo en su ordinal a) incurre en las infracciones que en este resumen puntualizo (1) tocante al artículo 7º".

—III—

A continuación de lo cual, manifiesta que "vistos por otros aspectos, los *artículos 8º y 9º* violan, además, los artículos 30, 31, 57, 76 (ordinal 16), 120 (ordinales 3º, 5º y 14º) y 135 de la Carta.

Tales aspectos son: que hoy carecen de respaldo en la Carta los organismos autónomos que se conocen con el nombre de "establecimientos públicos", desvinculados de la acción directa del Gobierno, a quien corresponde la gestión de todos los asuntos públicos nacionales, bajo su responsabilidad; que en las juntas de los llamados Fondos para el Transporte dotados de personería jurídica por ministerio de la ley el del Distrito Especial y los que funcionen en otras ciudades), establecidos mediante los artículos 8º y 9º de la ley 15 y 1º de la Ley 87, y ordinal c) del artículo 1º de la citada ley 15, el Gobierno o sus ministros actúan como miembros equiparados a los demás que las integran, y no como jefes de la administración, o por delegación, con que se diluye o se hace ineficaz la responsabilidad correspondiente, y que esos fondos, desvinculados del Gobierno, pueden, por virtud del ordinal b) del artículo 9º de la ley 15, promover la organización de empresas en la forma prevista en el ordinal a) del artículo 1º de la misma ley, o sea sustituir al Gobierno con tal fin, crear organismos aún públicos, expropiar o celebrar contratos, no obstante los textos constitucionales que confían a la rama jurisdiccional las expropiaciones, y al Gobierno la celebración de contratos con previa o posterior aprobación del Congreso.

Y de estos aspectos saca el impugnante las siguientes consecuencias:

"1) El supradicho artículo 8º es inexequible por las razones aducidas contra los artículos 7º y 9º;

"2) El artículo 9º en su primer inciso en cuanto crea un establecimiento autónomo, viola los artículos 57, 120 (ordinales 3º y 15º), 132, inciso 3º y 135; en cuanto su ordinal a) erige de modo tácito o sin definirlo en motivo de utilidad pública o interés social el beneficio de entidades ajenas al servicio público nacional, contraviene el artículo 30 y también éste, en su ordinal b), por cuanto admite pretermitir las reglas sobre expropiación, y en el mismo ordinal b) infringe, además del artículo 135, los preceptos relativos a competencia para vincular contractualmente a la Nación o a los servicios públicos nacionales, es decir, los artículos 76 (16º) y 120 (14º). Siendo de añadir que en sentencia de 19 de diciembre de 1930, G. J. número 1838, página 359, dijo la Corte: 'No puede haber contratos administrativos cuya celebración pueda realizarse por entidades administrativas distintas del Presidente y sus Ministros; por consiguiente es inexequible la ley que así lo consagra'."

—IV—

Formula luego los siguientes cargos contra los artículos 11, 16 y 19 de la ley 15 de 1959:

"El *artículo 11*, en cuanto a las cuotas que deben aportarse al Fondo del D. E. y los demás cuyo funcionamiento se autoriza, es inexequible por ser inconstitucionales las normas anteriormente acusadas".

"Como el artículo 11, o consecuencialmente, el *artículo 16* es inexequible, o porque refrenda el establecimiento, o cobro, exigible por ministerio del artículo 7º desde la sanción de la ley —15 de 1959—, y la destinación de un impuesto con el nombre de 'Subsidio oficial'; porque desvirtúa el debido empleo de fondos que por su naturaleza son públicos, y porque, como se deduce de su parte final, consagra un privilegio, infringe asimismo el inciso tercero del artículo 31 según lo expresé arriba y porque si bien las concesiones con el carácter de privilegios han envuelto la facultad de percibir tasas como compensación de servicios, resultan inconciliables con el cobro y la destinación de impuestos en la forma que establece la ley en cuestión".

"El *artículo 19º*, en cuanto admite terminantemente o sin distinguir que el llamado 'Subsidio Oficial', o impuesto indirecto como queda demostrado, tenga vigencia inmediata, bien se trate del que fija la ley —artículo 7º-b)— o del que determine el Gobierno, infringe el artículo 204 de la Carta conforme al cual 'ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento'. La razón de este cargo consiste, desde luego, en la omisión de dicho plazo, siendo de agregar que la jurisprudencia respalda la tesis de que en casos como este conste expresamente lo pertinente de aquel precepto, sin que su cumplimiento quede sometido a la acción del Gobierno".

—V—

Finalmente, refiriéndose a la ley 87 de 1960 consigna las siguientes censuras:

"Por virtud de su *artículo 1º* deben considerarse reproducidos en su forma original, excepto en cuanto al término de su vigencia, los artículos 7º y 8º de la ley 15 de 1959, y así del mismo modo que éstos, por las razones presentadas, aquél está viciado de inconstitucionalidad.

"*Su artículo 2º*, en cuanto faculta al Gobierno 'de acuerdo con el mandato constitucional', para

fijar las tarifas de servicio urbano colectivo" en las ciudades que (sic) lo considere necesario', pudiendo mantener o suprimir el monto de los subsidios etc., prolonga por doble concepto la situación *injurídica* de que he venido ocupándome. Por lo que toca a *fijación* de tarifas, igualmente en su *parágrafo*, incurre en las violaciones relativas al ordinal d) y al parágrafo del artículo 1º de la ley 15 id., y por lo que respecta a subsidios, es inexequible como los artículos 1º-e), 7º, 8º, 9º y 16 de la misma ley 15. Observo que la supresión del *monto* de los subsidios más que derivar de una facultad legal, se impone como deber del Gobierno por las razones expuestas.

"Su *artículo 3º*, en cuanto prorroga, inclusive para aumentos del valor del subsidio que el Gobierno decrete, la situación creada por el artículo 19 de la referida ley 15, se halla afectado de inconstitucionalidad como éste último".

—o-o—

LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Corrido el traslado de la demanda al Procurador General de la Nación, contestóla éste por escrito en que manifiesta lo siguiente:

Que los artículos 1º, apartes d) y e), y el 7º aparte b), al igual que su parágrafo, de la ley 15 de 1959, ya recibieron declaratoria de constitucionalidad en sentencias de la Corte de 22 de octubre y 1º de diciembre de 1960;

que el resto de las normas acusadas y a que debe entenderse contraída la demanda, no dan base a argumentos que hagan valedero el cargo de inconstitucionalidad, tanto porque "vienen a ser disposiciones que, en relación con las ya revisadas por la H. Corte, tienen el carácter de adjetivas", como porque "mandatos legales como los que *facultan al Gobierno para organizar* y patrocinar empresas públicas, privadas e mixtas, reglamentar el funcionamiento de ellas al igual que la prestación de sus servicios, hacer o autorizar la importación de vehículos y repuestos para los mismos, delegar esas atribuciones en los Gobernadores o Alcaldes, dotar de personería jurídica y señalar los órganos directivos del llamado 'Fondo para el transporte en el D. E. de Bogotá', no solamente no son extraños a la competencia del órgano legislativo del poder público, en razón de lo dispuesto por el ordinal 11 del artículo 76 de la Carta, sino que, en el fondo, y con pocas excepciones, se refieren a facultades que competen al Organo Ejecutivo como suprema autoridad administrativa, que ejerce, entre otras, la potestad reglamentaria, la cual debe entenderse no solamente en el estrecho sentido de expedir normas que desarrollen el contenido de leyes, sino en el más amplio, que la doctrina moderna le reconoce, de tomar las medidas para el cumplimiento de los fines que le son propios a la administración pública, tales como velar por el buen orden social y el conveniente funcionamiento de los servicios públicos"; y

que "En cuanto a las disposiciones de la Ley 87 de 1960, obsérvese que su artículo 1º, sólo se contrae a prorrogar la vigencia de los artículos 7º, y 8º de la Ley 15 de 1959, que tenían una limitación de tiempo, por cuya razón la inconstitucionalidad de tal norma está en función de la inexequibilidad de aquéllas cuyo mandato prorroga; y repárese también que el 2º, conjuntamente con su parágrafo, deriva del último inciso del artículo 39 de la Carta, cuyo alcance determinó ya la H. Corte en las sentencias citadas, y en otras que le precedieron, en el sentido en que lo tome la disposición legal acusada".

En consecuencia de todo lo cual, solicita el Procurador que esta corporación "declare exequibles las disposiciones a que debe entenderse contraída la demanda del señor doctor Abel Riesa".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.—Se impone como cuestión previa la de determinar cuáles de las disposiciones acusadas han quedado por fuera del presente debate, bien por haberse pronunciado ya la Corte respecto de algunas de ellas, bien por haber expirado la vigencia de otras. Tiénese entonces lo siguiente:

a) Por sentencia de 22 de octubre de 1960 (XCIII, 2230/31, págs. 634 a 635), esta superioridad declaró EXEQUIBLES los artículos 1º, (ordinal e), 2º, 3º, 5º, 6º y 7º de la Ley 15 de 1959; y por sentencia de 1º de diciembre del mismo año (XCIV, 2233/34, págs. 12 a 14), declaró EXEQUIBLE el literal d) del artículo 1º de la misma ley.

Quiere decir que la constitucionalidad de ninguna de estas disposiciones puede ser materia de nuevo juicio, en cuanto quedaron amparadas como exequibles bajo el sello de la cosa juzgada que comportan los fallos en referencia.

b) Por otra parte, la vigencia de los artículos 7º, 8º y 9º de la ley 15 de 1959, que, en virtud

de su propia preceptiva, estaba restringida al 31 de diciembre de 1960, se amplió luego por el artículo 1º de la ley 87 de 1960 hasta el 31 de diciembre de 1961, cual término improrrogable. Y como el hecho de que una ley fije el término conclusivo de la vigencia de sus normas o prorrogue la de otras, no ofrece en sí mismo nada de inconstitucional, sino que antes bien proyecta uno de los atributos inherentes a la soberanía legislativa, tiénese que el artículo 1º de la ley 87 de 1960, en cuanto expresamente prorrogó la vigencia de los artículos 7º y 8º de la ley 15 de 1959, y por lo tanto la del artículo 9º de la misma ley —que con esos otros formaba unidad de sistema—, disponiendo que "*Esta prórroga en ningún caso podrá regir más allá del 31 de Diciembre de 1961*", produjo su efecto; y en tal virtud los artículos 7º, 8º y 9º de la ley 15 cesaron de regir del 1º de enero de 1962 en adelante.

Cumple, pues, afirmar, que la Corte no tiene sobre qué pronunciarse en lo tocante con estos tres preceptos, la expiración de cuya vigencia ha producido sustracción de materia.

2.—Encuéntrase, así, que la acción que se ventila está restringida al ámbito de los siguientes textos: artículo 1º —ordinales a), b), c) y parágrafo— de la Ley 15 de 1959, artículos 11, 16 y 19 de la misma ley, y artículos 1º, 2º y 3º de la ley 87 de 1960.

3.—Primeramente, se contemplan, por formar parte de un mismo sistema, el artículo 1º de la citada ley 15 en sus ordinales a), b) y c) y el artículo 16 ibidem, normas cuyo texto se lee en el comienzo de esta providencia. Al efecto, se hacen las siguientes consideraciones:

Primera.—Ante todo, el artículo 1º de la ley 15 y con el cual se relaciona íntimamente su artículo 16, estatuye una intervención en la industria del transporte, no mediante simple autorización al Gobierno, como entiende verlo el acusador y de que pudiera entonces hacerse o no uso, sino por *mandato* de la misma ley, la cual ordenó al Gobierno intervenir desde el día de iniciarse su vigencia —día que era el de su sanción, según el artículo 19—, "en la industria del transporte automotor, tanto urbano como en servicio por carreteras, para la movilización de carga y pasajeros", con los objetivos que el propio artículo 1º determina en sus varios ordinales, de los cuales el a), el b) y el c) rezan:

"a) Organizar y patrocinar empresas públicas, privadas o mixtas de carácter distrital, municipal, departamental o nacional, pudiendo expropiar o adquirir los equipos pertenecientes a particulares, previa indemnización o arreglo contractual sobre el pago;

"b) Reglamentar el funcionamiento de dichas empresas y la prestación de sus servicios;

"c) Hacer o autorizar importaciones de vehículos y repuestos, pudiendo modificar o eliminar las tarifas aduaneras, requisitos y demás gravámenes de importación de elementos destinados a ese servicio público. Además, el Gobierno podrá intervenir para regular los precios de venta al público de todas estas mercancías".

Como se ve, en cuanto a la aplicación de la ley 15 de 1959, se trata de un mandato impartido al Gobierno por la ley, de carácter intervencionista, en el cual se fijó el momento en que debía comenzar esa intervención, la industria en que debía realizarse y el radio de su operabilidad, que se extendía precisamente a los fines singularizados, entre otros ordinales del dicho artículo 1º, en los a), b), y c) preinsertos.

En tal forma quiso el legislador controlar la industria del transporte automotor, señalando los medios de que el Gobierno debía servirse al efecto, tales como son los indicados en estos tres ordinales. Le quedaba así al Gobierno el deber de cumplir el mandato legal de intervención, usando para ello de su potestad reglamentaria y pudiendo entonces realizar, por medio de actos jurídicos o materiales, el propósito buscado por el legislador, siempre que al hacerlo no extralimite el radio señalado concretamente por la ley a la intervención (sent. 30 de noviembre 1948, LXV, 2066/67, pág. 40).

Todo lo cual muestra que las disposiciones que informan el artículo 1º de la ley 15 en lo correspondiente a sus ordinales a), b) y c), ubicadas como están al amparo del artículo 32 del Estatuto fundamental, cuyos imperativos satisfacen, son ciertamente exequibles.

Segunda.—Aparte lo cual, cabría considerar, en lo atinente a la revisión y la fiscalización de los reglamentos de las empresas de transportes o conducciones, que esa función puede ejercerla el Gobierno por orden de la ley, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 39 de la Carta.

Tercera.—Carece de fundamento el cargo de que por el ordinal a) del sobredicho artículo 1º de la Ley 15 se invistió al Gobierno del poder de expropiar los equipos de transportes pertenecientes a particulares, porque a) del art. 1º de la

ley 15 de 1959, si bien dicho ordinal reza que, para organizar y patrocinar empresas de tal industria, el Gobierno podrá "expropiar o adquirir los equipos pertenecientes a particulares, previa indemnización o arreglo contractual sobre el pago", es claro que ese mandato, que nada dice sobre la forma de la expropiación, no puede entenderse sino en el sentido de que lo que él previene en el punto ha de realizarse con arreglo al artículo 30 de la Carta. Para algo expresa el mismo artículo 1º de la Ley 15, que lo que él dispone viene en desarrollo del artículo 30 de la Constitución, entre otros.

Ciertamente, como lo enseña el artículo 4º de la Ley 153 de 1887, "La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes". Por lo tanto, en cuanto una norma legal, como en la especie de que ahora se trata, admita una inteligencia que se conforma a la Constitución, es en ese sentido, y no en otro, como debe suponerse expedida por el legislador.

Entonces, cuando el ordinal a) del artículo 1º de la ley 15 dice que el Gobierno podrá expropiar los equipos de transporte pertenecientes a particulares, su preceptiva, en armonía con la del tronco del precepto, apenas significa que se define como motivo de utilidad pública la obtención de tales equipos, con destino a la organización y patrocinio de las empresas de transportes a que el propio ordinal se refiere, lo que fluye del articulado, sin necesidad de términos sacramentales al respecto; que el Gobierno dispondrá proceder a tal expropiación; y que ésta se efectuará mediante sentencia judicial e indemnización previa, como lo ordena el artículo 30 de la ley de leyes. Canon que, en consecuencia, no padece, por causa de lo dispuesto en el ordinal a), quebranto alguno.

Cuarta.—No menos cierta es la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 15. Porque la facultad que el artículo 16 de la Ley 15 de 1959 le otorga al Gobierno no es sino una aplicación de la consignada en el ordinal b) del artículo 1º de la misma ley, cuya exequibilidad ha quedado establecida a la luz de los artículos 32 y 39 *in fine* del Estatuto. Es que si, por razón de lo dispuesto en el artículo 1º, pudo la ley con arreglo a la Constitución investir de poder al Gobierno para reglamentar el funcionamiento de las empresas de transportes y la prestación de sus servicios, consecuencialmente podía disponer, como lo hace el artículo 16, que "el Gobierno queda facultado para determinar los requisitos que deberán llenar las empresas privadas de transporte urbano colectivo para beneficiarse de los subsidios oficiales y de las importaciones, en los términos establecidos en el artículo 1º de la presente ley, o de cualquier otro privilegio que se establezca en el futuro". La constitucionalidad de este texto se refugia, por lo tanto, en el ámbito de los aludidos cánones 32 y 39 *in fine* de la Carta.

Carece de asidero el reparo hecho por el impugnante, de que el artículo 16 refrenda el establecimiento o cobro —exigible desde la sanción de la Ley 15 por ministerio de su artículo 7º—, y la destinación de un impuesto con el nombre de "subsidio oficial", desvirtuando el debido empleo de fondos que por su naturaleza son públicos. Porque, no solamente el punto de si el auxilio patronal de transportes era o no un impuesto, ya fue definido en sentido negativo por la Corte, al establecer en su sentencia de 22 de octubre de 1960 la exequibilidad de los artículos 1º ordinal c), 2º, 3º, 5º, 6º, y 7º de la Ley 15 de 1959, sino que, como atrás se vio, los artículos 7º, 8º y 9º de la misma ley dejaron de regir del 1º de enero de 1962 en adelante.

Ni tiene fundo la alegación de que el artículo 16 de la ley, al hablar en su parte final de "cualquier otro privilegio que se establezca en el futuro", infringe el inciso 3º del artículo 31 de la Constitución, según el cual "sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación". Porque, como atrás está dicho, cuando una disposición legal admite una interpretación acorde con el espíritu de la Carta, es esa la que ha de darse y no la que sería inexequible, puesto que no es de suponer en el legislador el propósito deliberado de expedir preceptos que estén en oposición a la ley de leyes. En el presente caso, cuando el artículo 16 de la Ley 15 habla de los requisitos que deberán llenar las empresas privadas de transporte urbano colectivo para poder beneficiarse de cualquier "privilegio que se establezca en el futuro", fuera de que el texto no consagra de presente privilegio alguno, no se está refiriendo a los que contempla dentro de un concepto específico y excluyente el inciso 3º del artículo 31 del Estatuto, sino a la noción de privilegio en su sentido genérico, natural y obvio, de gracia, prerrogativa o exención. Lo que en el pensamiento del artículo 16 de la ley se muestra apenas como uno de los medios de patrocinio y fomento de empresas privadas de transporte urbano colectivo que, allanándo-

se a las regulaciones oficiales, sirvan de la mejor manera posible a las necesidades del público. Así que este precepto en nada infringe el artículo 31 de la Constitución.

4.—PARAGRAFO DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 15 DE 1959.

Dispone este parágrafo que la facultad atribuída al Gobierno en el ordinal d) del mismo artículo, "de fijar para todas las ciudades del país las tarifas de transporte urbano, intermunicipal o interdepartamental, y establecer la forma de pago o prestación del servicio de transporte que por esta ley le corresponde al empleador en beneficio del empleado", podrá delegarla el Gobierno, en cuanto hace relación al servicio urbano, "en los gobernadores o en los alcaldes", cuando los respectivos municipios tengan una organización adecuada en sus dependencias de Tránsito y Transportes, de acuerdo con las reglamentaciones que dicte el Gobierno sobre el particular; y que para la aplicación de las determinaciones que se dicten en virtud de esta delegación, se requiere la previa autorización del Gobierno Nacional.

Ante todo, importa recordar que el ordinal d) del artículo 1º de la Ley 15 fue declarado exequible por la sentencia de 1º de diciembre de 1960. No se discute, pues, aquí, la constitucionalidad de la función atribuída al Gobierno en ese ordinal. Queda sólo por calificar el mérito de la facultad que por el parágrafo de que se trata se confiere al Gobierno para delegar aquella función en los gobernadores o en los alcaldes.

Ahora bien: aunque el parágrafo del artículo 1º de la Ley 15 de 1959 emplea el vocablo "delegar", es lo cierto que tal texto no trata de la delegación de funciones presidenciales en el específico sentido contemplado por el artículo 135 de la Carta, canon éste en cuya virtud el Presidente queda exento de responsabilidad por los actos del delegatario, quien la asume íntegramente, y los cuales actos, cuando se han realizado por éste dentro de los límites de la delegación conferida, con arreglo a la ley, tienen pleno valor e inmediata eficacia tal y como si hubieran sido directamente efectuados por el propio Presidente de la República, sin perjuicio de la facultad que a éste confiere el mismo precepto para reformar o revocar tales actos, reasumiendo entonces la responsabilidad consiguiente.

Como se ve, bien distinto es el mecanismo catatuido por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 15, para permitir el logro del objetivo intervencionista de que trata el ordinal d) del mismo artículo, pues, si autoriza al Gobierno para delegar tanto en los gobernadores, como en los alcaldes de los municipios cuya organización en materia de tránsito satisfaga las exigencias del parágrafo, la facultad de fijar las tarifas de transporte urbano correspondientes, no estatuye sobre ello con el sentido de reconocer a las determinaciones de dichos gobernadores y alcaldes en el particular eficacia alguna, mientras no sean aprobadas por el Gobierno, como así resulta de la última parte del parágrafo cuando dispone que "*para la aplicación de las determinaciones que se dicten en virtud de esta delegación, se requiere la previa autorización del Gobierno Nacional*". Lo que vale decir que no se desplaza de éste el poder administrativo en cuya virtud tales determinaciones sobre tarifas de transporte urbano tengan fuerza obligatoria y que, por lo tanto, permanece en éste la responsabilidad consiguiente por la adopción de esas regulaciones.

Si, pues, la llamada delegación de que trata el parágrafo en examen no es la que mira el artículo 135 del Estatuto, y pudo ser prevista por el legislador en orden a la intervención en la industria del transporte, dentro del ámbito del artículo 32 ibidem, es claro que el susodicho parágrafo no es en forma alguna violatorio del artículo 135 de la ley de leyes.

5.—*Artículo 11 de la Ley 15 de 1959*. Pretende el impugnante que la inconstitucionalidad de este artículo se desprende de la de los preceptos que le anteceden acusados por él. Pero, como se tiene que de esos anteriores preceptos, unos ya fueron declarados exequibles en sentencias anteriores de que se ha hecho mención, otros han sido hallados tales en lo que va corrido de este fallo, y otros cesaron de regir, entonces el argumento del demandante resulta improcedente.

Más aún: si se estudia el texto en su materialidad misma, no se advierte en él signo alguno de inconstitucionalidad. Ciertamente, el ordenamiento de que "para tener derecho a las deducciones que por sueldos pagados reconocen las leyes del impuesto sobre la renta, se requerirá que el contribuyente acredite que ha efectuado todos los pagos por auxilio de transporte a los trabajadores y por la cuota que le corresponde aportar al Fondo", cabe dentro de la potestad del legislador de organizar y regular lo concerniente al régimen impositivo de la Nación, potestad que finca en disposiciones tales como los

ordinales 13 y 15 del artículo 76 de la Carta. Si es propio del legislador el establecer impuestos —tal el de la renta—, consecuencialmente lo es el que determine, no solo las deducciones que para fijar la base impositiva puedan hacerse, sino los requisitos para tener derecho a esas deducciones.

6.—*Artículo 19 ibidem.* La tacha que se le imputa se hace consistir en que, al disponer que "esta ley rige desde su sanción", le da vigencia inmediata al llamado "subsidio oficial" o impuesto indirecto, con quebranto del artículo 204 de la Constitución, según el cual "ninguna contribución indirecta ni aumento de impuestos de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento".

Al respecto se observa: fuera de que el artículo que dispone la vigencia inmediata de la ley creó una situación, hoy de efecto cumplido, sobre la cual no podría obrar retroactivamente fallo alguno de inexequibilidad, es lo cierto que el reparo no tiene base, porque, como lo definió la Corte en su sentencia de 22 de octubre de 1960, "la cuota o auxilio patronal a que se refiere la Ley 15 de 1959 está muy lejos de ser impuesto directo o indirecto", sea que se le considere bajo el ángulo de prestación de los patronos a los trabajadores, o bajo el aspecto de aportación a un "Fondo para el Transporte", según los artículos 7º y 8º de la ley, los que ya dejaron de regir. Entonces la vigencia de la ley, en cuanto por ésta se estableció la cuota o auxilio patronal de transporte, no tenía por qué sujetarse al aplazamiento de seis meses imperado por el artículo 204 de la Carta. Bien pudo, pues, el legislador, sin contrariar precepto alguno de ésta, disponer que la Ley 15 rigiera desde su sanción.

7.—*Ley 87 de 1960.* a) El reparo de ser inexequible su artículo 1º, por haber prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1961 la vigencia de los artículos 7º y 8º de la Ley 15 de 1959, es improcedente. Porque, si la función legislativa envuelve para su titular, no solamente la facultad de señalar el término de la vigencia de las leyes que expida, sino la de prorrogar ese término mientras no haya expirado, es claro que el precepto que se contempla, por cuanto se limitó a prorrogar por cierto tiempo la vigencia de otros que eran exequibles, mal podría ser tachado de inconstitucionalidad.

b) El artículo 2º de la Ley 87 es una reiteración de lo dispuesto, en cuanto a la fijación de tarifas de servicio, en el ordinal c) del artículo 1º de la Ley 15 de 1959, y en cuanto al mantenimiento o supresión del monto de los subsidios, en los artículos 2º, 3º, 5º, 6º y 7º de la misma ley, *textos que fueron declarados exequibles por esta corporación en sus sentencias* tantas veces citadas, así: el primero de ellos, en la de fecha 1º de diciembre de 1960; y todos los demás, en la de fecha 22 de octubre del mismo año.

Vale decir que esos pronunciamientos prestan sus razones al que ha de hacerse aquí, en el que se dan por reproducidas, para afirmar la constitucionalidad del susodicho artículo 2º de la Ley 87.

c) No menos exequible resulta el artículo 3º de esta ley sobre vigencia inmediata de la misma, precepto cuya legitimidad se afianza en la de las disposiciones anteriores del propio ordenamiento legal, y la abonan las mismas consideraciones hechas atrás para sostener la constitucionalidad de su semejante el artículo 19 de la Ley 15.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, DECLARA:

Primero.—No hay lugar a resolver sobre la acusación de los ordinales d) y e) del artículo 1º, ordinal b) y parágrafo del artículo 7º, y artículos 8º y 9º de la Ley 15 de 1959.

Segundo.—Son EXEQUIBLES el artículo 1º —ordinales a), b), c) y *parágrafo*— y los artículos 11, 16 y 19 de la Ley 15 de 1959.

Tercero.—Son EXEQUIBLES los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 87 de 1960.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese, previa comunicación a quien corresponda.

Luis Fernando Paredes, Ramiro Araújo Gran, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Cristóbal Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Posquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano, Jorge Restrepo Hoyos, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

IMPUESTO A LAS VENTAS

LA CORTE DECLARA LA EXEQUIBILIDAD DEL ORDINAL 6º DEL ART. 1º DE LA LEY 21 DE 1963 "POR LA CUAL SE DICTAN ALGUNAS DISPOSICIONES EN MATERIAS FISCALES".

1) El Estado es el único que tiene potestad para establecer impuestos.

2) RESTRICCIONES para el establecimiento de contribuciones.

3) Poder del Congreso para facultar al Presidente en forma extraordinaria para establecer tributos. Consentimiento de los sufragantes o de sus delegatarios.

1.—Una de las características del sistema democrático es la de que los impuestos deben ser consentidos por quienes son llamados a pagarlos, y de aquí que sea el Estado el único que tiene la potestad de establecerlos. Los Departamentos y los Municipios pueden hacerlo por delegación, esto es, cuando por ley se les autoriza para ello. De ahí también que esté totalmente prohibido que el Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes impongan contribuciones.

2.—La potestad de establecer tributos no sólo está limitada en tiempo de paz al Congreso, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, sino que la Constitución dispone también que las leyes sobre impuestos no pueden tener origen en la Cámara de Representantes y que le prohibe al Presidente de la República intervenir en las industrias o empresas públicas y privadas por medio de facultades extraordinarias. Estas últimas restricciones fueron consagradas por el Acto Legislativo número 1 de 1945 y deben extenderse a la función de crear contribuciones por tratarse de materia análoga. "Que la voluntad del constituyente y de la Constitución actualmente —dice el actor— es la de no permitir la facultad de imponer contribuciones en manos del Presidente de la República, es algo que salta a la vista. La coordinación del art. 32 (Art. 4º Acto Legislativo número 1 de 1945), del artículo 43 (Acto Legislativo número 3 de 1910, art. 89) y del artículo 80, ordinal primero (Acto Legislativo número 1 de 1945, art. 19), es indiscutible. No sólo por las razones de lógica expuestas, de orden conceptual, de limitaciones analógicas, sino por las ideas políticas que los inspiraron".

3.—La norma del art. 43 de la Carta se inspira en el principio de que la creación de impuestos debe ser consentida por quienes son llamados a sufragarlos o por sus representantes en sus cuerpos legislativos, pero esta característica del sistema democrático no sufre alteración alguna cuando es el propio legislador, quien en caso de necesidad o cuando las conveniencias públicas lo aconsejen, autoriza al Gobierno en forma temporal para establecer tributos, de acuerdo con lo estatuido por el art. 76, ordinal 12 de la misma Constitución. En tal caso son los mismos representantes de la Nación en las Cámaras quienes, al otorgar las facultades extraordinarias, manifiestan por anticipado su asenso al establecimiento de los impuestos, de manera que el Presidente de la República, al poner en práctica esas autorizaciones, no hace sino cumplir la voluntad y el querer del Congreso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., agosto veintitrés de mil novecientos sesenta y seis.

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

En ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, el ciudadano colombiano doctor Pedro Cadena Copete, mayor y vecino de Bogotá, ha demandado de la Corte Suprema la declaración de inexequibilidad del ordinal sexto del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, "por la cual se dictan algunas disposiciones en materias fiscales, se dan unas autorizaciones y se inviste al Presidente de la

República de facultades extraordinarias, conforme a los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional".

La demanda del doctor Cadena Copete se pasó en traslado al señor Procurador General de la Nación, quien expuso su concepto adverso a la declaración de inexequibilidad que se solicita.

La norma que se tilda de inconstitucional es el ordinal 6º del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, precepto que dispone lo siguiente:

"Artículo primero.—De conformidad con el artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Nacional, y a fin de buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social; de proveer los recursos necesarios para la ejecución del plan de desarrollo económico y social y de reducir los gastos de funcionamiento de las entidades y dependencias nacionales, inclusive de los establecimientos públicos y los institutos descentralizados o autónomos; y sin suprimir el servicio civil ni la carrera administrativa, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de que trata el parágrafo segundo de este artículo, para:

"Sexto.—Establecer impuestos nacionales sobre las ventas de artículos terminados que efectúen los productores o importadores. Estos impuestos se harán efectivos a tarifas que fluctúen entre el 3% y el 10%. Quedan exceptuados los artículos alimenticios de consumo popular, los textos escolares, las drogas y los artículos que se exporten".

El actor sostiene en su demanda que la norma preinserta viola los artículos 43 y 80, ordinal primero, de la Carta Constitucional. El citado artículo 43 preceptúa que "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones".

El artículo 79 de la misma Carta consagra la regla general de que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras, y el artículo 80 ibidem prescribe en su ordinal primero que se exceptúan de lo dispuesto por el artículo anterior "las leyes sobre contribuciones u orgánicas del Ministerio Público, que deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes".

Entiende el demandante que, según las disposiciones anotadas, el constituyente señaló un procedimiento especial para crear impuestos, desde luego que las leyes que los establecen no pueden tener origen sino en la Cámara de Representantes. De este modo, la creación de contribuciones constituye una función exclusiva del Congreso y no puede por tanto ser delegada en el Presidente de la República, porque las facultades que a éste se le puedan conferir tienen que estar ceñidas a la órbita constitucional.

Una de las características del sistema democrático es la de que los impuestos deben ser consentidos por quienes son llamados a pagarlos, y de aquí que sea el Estado el único que tiene la potestad de establecerlos. Los Departamentos y los Municipios pueden hacerlo por delegación, esto es, cuando por ley se les autoriza para ello. De ahí también que esté totalmente prohibido que el Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes impongan contribuciones. El actor sustenta esta tesis en doctrina expuesta por un expositor nacional de derecho tributario.

Los artículos 4º y 10º del Acto Legislativo número 1 de 1945 son los actuales artículos 32 y 80 de la Codificación constitucional. El artículo 32 consagra la potestad del Estado de intervenir por mandato de la ley en la explotación de las industrias o empresas públicas y privadas y dispone que "esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución". Este precepto hace parte del Título III de la Carta, que se refiere a los derechos civiles y a las garantías sociales. Al mismo Título corresponde el artículo 43, citado, y como por medio de los impuestos se puede influir también en la racionalización de la producción, distribución y consumo de las riquezas, resulta de ello que entre los dichos artículos 32 y 43 hay una singular analogía que permite concluir que la facultad de establecer contribuciones tampoco puede ser ejercida por el Presidente de la República mediante las facultades extraordinarias de que trata el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución. Según el actor, carecería de lógica y sería un contrasentido que el Congreso no pueda conceder al Gobierno facultades extraordinarias para ejecutar actos de intervención en las industrias o empresas públicas y privadas y que en cambio sí le sea posible otorgárselas para crear impuestos cuando éstos tienen un alcance intervencionista, desde luego que inciden en la racionalización de la producción, distribución y consumo de las riquezas.

La potestad de establecer tributos no sólo está limitada en tiempo de paz al Congreso, a las

Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, sino que la Constitución dispone también que las leyes sobre impuestos no pueden tener origen en la Cámara de Representantes y que le prohibe al Presidente de la República intervenir en las industrias o empresas públicas y privadas por medio de facultades extraordinarias. Estas últimas restricciones fueron consagradas por el Acto Legislativo número 1 de 1945 y deben extenderse a la función de crear contribuciones por tratarse de materias análogas. "Que la voluntad del constituyente y de la Constitución actualmente —dice el actor— es la de no permitir la facultad de imponer contribuciones en manos del Presidente de la República, es algo que salta a la vista. La coordinación del artículo 32 (artículo 4º, Acto Legislativo número 1 de 1945), del artículo 43 (Acto Legislativo número 3 de 1910, artículo 6º) y del artículo 80, ordinal primero (Acto Legislativo número 1 de 1945, artículo 10º), es indiscutible. No sólo por las razones de lógica expuestas, de orden conceptual, de limitaciones analógicas, sino por las ideas políticas que los inspiraron".

Repite por último el demandante que la norma acusada de la Ley 21 de 1963, contiene una atribución general que es incompatible con la potestad exclusiva del Congreso de imponer contribuciones, con origen único en la Cámara de Representantes.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador General de la Nación hace un resumen de los ya expresados argumentos del demandante contra el ordinal sexto del artículo 1º de la Ley 21 de 1963 y procede a refutarlos con razones que pueden compendiarse del modo siguiente:

A)—Es cierto que la potestad de crear impuestos está reservada, en tiempo de paz, al Congreso, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, y que las leyes respectivas deben tener origen en la Cámara de Representantes, pero también es evidente que esa función puede ser delegada en el Presidente de la República por medio de facultades extraordinarias concedidas en desarrollo del ordinal 12 del artículo 76 de la Carta. Siendo esto así, resulta inobjetable que el ordinal sexto del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, se ajusta a los preceptos constitucionales por la precisión, temporalidad y conveniencia pública o necesidad de la facultad que esa norma confiere.

B)—Desde 1910 existen antecedentes legislativos que confirman la tesis de que el Presidente de la República puede ser autorizado en forma extraordinaria para establecer contribuciones cuando ocurren hechos y circunstancias que afectan la estabilidad económica y fiscal de la Nación. Entre esos antecedentes puede citarse el de la Ley 126 de 1914, por la cual se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias *pro tempore* para gravar el consumo de varios artículos, la exportación de otros y la pesca mayor en los mares territoriales. Demandado el artículo 1º de esta Ley 126, contentivo de las facultades extraordinarias, la Corte Suprema lo declaró exequible en sentencia de 25 de marzo de 1915 (XXIII-1189 y 1190, 339), cuyos pasos principales transcribe el concepto del señor Procurador.

También por los artículos 4º de la Ley 99 y 3º de la Ley 119, ambas de 1931, se confirieron al Presidente de la República facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que fueran indispensables para conjurar la crisis porque atravesaba la Nación, entre ellas la de establecer, aumentar, disminuir, reorganizar o refundir los impuestos. Acusadas estas dos normas como inconstitucionales, la Corte Suprema las declaró exequibles en fallo de 26 de septiembre de 1933 (XL-1886, 1 y ss.), cuyos apartes cardinales reproduce también el concepto del señor Agente del Ministerio Público.

C)—El artículo 204 de la Constitución prescribe que "ninguna contribución indirecta ni aumento de impuestos de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento", y el artículo 205 ibidem, después de señalar el modo como deben ser ejecutadas las variaciones introducidas en la tarifa de aduanas, agrega que "esta disposición y la del artículo 204 de la Constitución no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas esté revestido". "Lo que acaba de decirse, unido a lo atrás visto, indica muy claramente, a juicio de la Procuraduría, que para el establecimiento de impuestos indirectos la Carta permite que se confieran al Presidente de la República facultades extraordinarias, y que en este caso el Gobierno puede inclusive hacer más de aquello para lo cual está autorizado el Congreso. Si el impuesto se establece por ley, no podrá empezar a cobrarse sino seis meses después de promulgada ésta; pero si se crea por decreto dictado en ejercicio de facultades extraordinarias,

puede exigirse sin consideración a este término. Todo ello reafirma el concepto que viene sosteniéndose: la Constitución Nacional permite que el legislador revista al Presidente de la República de facultades extraordinarias para proveer respecto de impuestos indirectos".

D)—El artículo 32 de la Carta preceptúa que la función de intervenir en la explotación de las industrias o empresas públicas y privadas "no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución". Esta es una norma prohibitiva y por tanto de interpretación estricta, de modo que no puede ser aplicada por extensión ni por analogía. Además, la Corte tiene ya dicho que la "inexequibilidad no puede reconocerse por razones de analogía".

E)—El ordinal sexto del artículo 1º de la Ley 21 de 1963 señaló en forma concreta y específica la materia sujeta al gravamen, indicó las tarifas aplicables, que deben fluctuar entre el 3% y el 10% y determinó los productos exentos del impuesto. "No es aventurado sostener —dice el señor Procurador— que fue el propio legislador quien estableció el gravamen y fijó sus límites, dejando al Gobierno sólo su reglamentación. El origen popular y democrático del impuesto está respetado, por cuanto el propio legislador dio su asentimiento para que se estableciera; y así, en el fondo, no puede decirse que se haya obrado a espaldas de la colectividad, que para el caso expresó su voluntad por medio de sus representantes popularmente elegidos".

Anota finalmente el señor Procurador que no se ha demostrado que la Ley 21 de 1963 no tuviera origen en la Cámara de Representantes y que, aunque fuese de otro modo, ya la Corte ha entendido que el ordinal primero del Artículo 80 de la Constitución, es aplicable a las leyes que dicta el Congreso pero no a los decretos legislativos que se expiden en uso de facultades extraordinarias conferidas con base en el ordinal 12 del Artículo 76 ibidem.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La norma acusada de inexequible, o sea el ordinal sexto del Artículo 1º de la Ley 21 de 1963, concedió al Presidente de la República facultades extraordinarias *pro tempore* para "establecer impuestos nacionales sobre las ventas de artículos terminados que efectúen productores e importadores", agregando que esos tributos se harán efectivos a tarifas que fluctúen entre el 3% y el 10% y exceptuando de los mismos impuestos los productos alimenticios de consumo popular, los textos escolares, las drogas y los artículos que se exporten.

El demandante sostiene que el precepto citado quebranta los artículos 43 y 80, ordinal primero, de la Constitución Nacional. De los términos de la demanda y de los argumentos que allí se consignan, se infiere en conclusión que el actor plantea una cuestión estrictamente jurídica, consistente en determinar si el Congreso puede o no puede facultar en forma extraordinaria al Presidente de la República para establecer contribuciones, tales como el llamado impuesto sobre las ventas.

El artículo 43 de la Carta prescribe que "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones", y el ordinal primero del artículo 80 ibidem dispone que "las leyes sobre contribuciones o orgánicas del Ministerio Público deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes".

El artículo 76 de la misma Constitución preceptúa que "corresponde al Congreso hacer las leyes" y que por medio de ellas ejerce las atribuciones que la misma norma señala, entre ellas, según el ordinal 12, la de "revestir, *pro tempore*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen". Esta disposición no señala ni limita las materias sobre que pueden versar las facultades extraordinarias que al Congreso le es permitido conferir al Gobierno, de modo que, en sana lógica, debe entenderse que esas autorizaciones pueden referirse a todos aquellos asuntos que no están expresamente exceptuados o que no son de la privativa competencia del Congreso.

Según el citado artículo 43 de la Carta, la competencia para establecer contribuciones está asignada, en tiempo de paz, únicamente al Congreso, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales. El Artículo 206 ibidem dispone también que "en tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación del Tesoro que no se halle incluída en el de gastos".

El mismo artículo 43 le atribuye solamente al Congreso la competencia para crear impuestos nacionales en tiempo de guerra, mas no le prohibe

al propio Cuerpo legislativo conferir facultades extraordinarias *pro tempore* al Presidente de la República para establecer esos tributos. Dicho precepto no es incompatible con el ordinal 12 del Artículo 76 de la Carta, de modo que si se coordinan y armonizan las dos normas, no puede menos que entenderse y concluirse que al Congreso le está permitido otorgar dichas facultades extraordinarias al Presidente de la República para crear contribuciones y que en tal forma este funcionario queda revestido de competencia para establecer esos impuestos, con los requisitos señalados en la respectiva ley de facultades. De aquí que la Corte haya sostenido en varias oportunidades que la concesión de poderes extraordinarios al Presidente de la República para establecer contribuciones, no es contraria al principio consagrado por el artículo 43 de la Carta Constitucional. Así puede verse verbigracia, en las sentencias de 25 de marzo de 1915 (XXIII - 1189, 341) y de 26 de septiembre de 1933 (XL - 1886, p. 6), en que fueron declarados exequibles los artículos 1º de la Ley 126 de 1914, 4º de la Ley 99 de 1931 y 3º de la Ley 119 del mismo año de 1931. Y aun más: los artículos 204 y 205 de la Constitución señalan el modo como deben ejecutarse los impuestos indirectos y las variaciones en la tarifa de aduanas. El inciso final del artículo 205 prescribe: "Esta disposición y la del artículo 204 de la Constitución no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas esté revestido". La alusión que en este precepto se hace a las facultades extraordinarias del Gobierno, demuestra con la mayor evidencia que el Presidente de la República sí puede ser revestido por el Congreso de esas facultades para el efecto de establecer y variar contribuciones y que es el propio constituyente quien así lo tiene dispuesto. Es bien sabido, y un lugar común repetirlo, que la norma del artículo 43 de la carta se inspira en el principio de que la creación de impuestos debe ser consentida por quienes son llamados a sufragarlos o por sus representantes en los cuerpos legislativos, pero esta característica del sistema democrático no sufre alteración alguna cuando es el propio legislador quien, en casos de necesidad o cuando las conveniencias públicas lo aconsejen, autoriza al Gobierno en forma temporal para establecer tributos, de acuerdo con lo estatuído por el artículo 76, ordinal 12, de la misma Constitución. En tal caso son los mismos representantes de la Nación en las Cámaras quienes, al otorgar las facultades extraordinarias, manifiestan por anticipado su asenso al establecimiento de los impuestos, de manera que el Presidente de la República, al poner en práctica esas autorizaciones, no hace sino cumplir la voluntad y el querer del Congreso.

El demandante prohija y sostiene aquí la tesis de que los impuestos influyen en la producción, distribución y consumo de las riquezas, que su establecimiento constituye un acto de intervención en esos aspectos de la economía privada y que conforme a lo dispuesto por el artículo 32 de la Carta, la función de intervenir en la explotación de las industrias o empresas públicas y privadas no puede ser ejercida en uso de facultades extraordinarias concedidas con arreglo al artículo 76, ordinal 12, de la misma Constitución. Agrega que, siendo esto así y existiendo una palmaria analogía entre los artículos 32 y 43 de la Carta, el Presidente de la República tampoco puede cumplir la función de crear impuestos mediante el ejercicio de facultades extraordinarias que le confiera el Poder legislativo. Sobre este argumento cabe observar que el artículo 32 de la Constitución, en cuanto prohibe al Gobierno realizar actos de intervención en las industrias o empresas públicas y privadas en ejercicio de facultades extraordinarias, es una norma de carácter excepcional y por consiguiente de derecho estricto que no puede ser aplicada por extensión ni por analogía. Los impuestos se establecieron y existen desde mucho antes que en la doctrina constitucional surgiera el sistema del intervencionismo de Estado y con la finalidad, no de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, sino de obtener los recursos necesarios para atender a los gastos del servicio público. Y aunque los impuestos puedan también tener hoy la finalidad social de buscar una más adecuada y justa distribución de las riquezas privadas, no puede decirse que por ello ofrezcan un exclusivo carácter intervencionista y que su creación deba sujetarse por analogía a la prohibición del artículo 32 de la Carta. Además, como lo recuerda el señor Procurador General de la Nación, la Corte tiene ya establecido que "la inexequibilidad no puede reconocerse por razones de analogía" (Sentencia de junio 24 de 1930 - XXXVI - 1835, 288).

Sostiene también el actor que la norma acusada, o sea el ordinal sexto del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, viola el ordinal primero del artículo 80 de la Carta, precepto que dispone que las leyes sobre contribuciones u orgánicas del Ministerio Público, deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes. No apareciendo que la referida Ley 21 no hubiera tenido origen en la Cámara de Representantes, tampoco hay lugar

a examinar si ella quebranta o no el ordinal primero del artículo 80 de la Constitución.

Los razonamientes que preceden llevan a la conclusión de que el ordinal sexto del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, no infringe los artículos 43 y 80, ordinal primero, ni ninguna otra disposición de la Carta Constitucional.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y en acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que es EXEQUIBLE el ordinal sexto del Artículo 1º de la Ley 21 de 1963.

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

Luis Fernando Paredes, Ramiro Araujo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor C. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano, Eduardo Serna R.-Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLE EN SU TOTALIDAD EL PROYECTO DE LEY NUMERO 224 "POR LA CUAL SE DESTINA UNA PARTIDA PARA LA CREACION, CONSTRUCCION Y DOTACION DE UNA OBRA EN LA CIUDAD DE SANDONA, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, OBJETADO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

Reiterada doctrina de la Corte sobre violación del ordinal 2o, artículo 76 de la Constitución, cuando el Congreso decreta auxilios para obras útiles o benéficas, sino están sujetas a los planes y programas correspondientes organizados por el Legislador.

Reiteradamente ha dicho la Corte, al fijar el alcance y contenido del precepto consignado en el ordinal 2o del art. 76 de la Carta Fundamental, que si no es "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes", le está vedado al Congreso fomentar, por medio de leyes, empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo o apoyo.
(véase al respecto el fallo del 3 de agosto de 1965).

La circunstancia de que la ley 74 de 1946 fuese derogada por el Decreto ley 1675 de 14 de julio de 1964 no significa que el Congreso pueda ordenar aquellos auxilios sin la programación exigida por el constituyente. Si esos planes y programas no existen, quiere decir que mientras tanto le está vedado decretarlos, pues, en tal evento, el Congreso no puede ejercer la atribución que le confiere el ordinal 2o del art. 76 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, si se estimase que la construcción del edificio que se ordena en el proyecto objetado es una obra pública de carácter nacional, se quebrantaría, igualmente, el ordinal 1o del mismo art. 76 de la Carta, por cuanto se estaría ordenando emprender una obra que sólo puede hacerse "con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas", las cuales deben expedirse con anterioridad, conforme lo dispone el ordinal 4o del mismo precepto constitucional. Dichos planes y programas previos no existen para el caso que se examina, por lo que el ordenamiento previsto en el proyecto de ley objetado por el Gobierno, resulta contrariando ostensiblemente los preceptos de la constitución a que antes se ha hecho referencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Enviado a la sanción ejecutiva el Proyecto de Ley N? 224 "por la cual se destina una partida para la creación, construcción y dotación de una obra en la ciudad de Sandoná, Departamento de Nariño", el señor Presidente de la República lo objetó en su conjunto por inconstitucionalidad y por inconveniencia. Como las Cámaras insistieran, ha venido a la Corte el Proyecto para resolver únicamente sobre el reparo de la inexequibilidad, desde luego que nada le concierne en la cuestión de inconveniencia.

El Proyecto de Ley objetado, dice:

"*Artículo 1º* Créase un Colegio de Bachillerato en la ciudad de SANDONA, Departamento de Nariño.

Artículo 2º El Ministerio de Educación Nacional ordenará la construcción del edificio, de acuerdo al artículo anterior, el cual llenará todas las condiciones que la técnica moderna indique en el ramo pedagógico.

Parágrafo. La Dirección de arquitectura del Ministerio de Educación Nacional elaborará los estudios, planes y presupuestos para la obra de que trata el presente artículo.

Artículo 3º El cumplimiento de esta Ley por parte del Gobierno Nacional, quedará condicionado a que el Municipio de Sandoná concurra a la realización de la obra con el lote de terreno adecuado.

Artículo 4º Una vez terminado el edificio, la

Nación procederá a hacer la dotación correspondiente de material de enseñanza, laboratorios para química y física, servicios médicos, odontológicos y de enfermería, y campos de deporte.

Artículo 5º El Gobierno Nacional invertirá la cantidad de UN MILLON DE PESOS ($ 1.000.000.00) para la construcción del edificio y QUINIENTOS MIL PESOS ($ 500.000.00), para la dotación del plantel. Estas sumas serán incluidas en las vigencias próximas siguientes dentro del presupuesto del Ministerio de Educación Nacional. El Gobierno queda facultado para abrir créditos y hacer traslaciones hasta el monto de la cantidad indicada, en caso de no hacerse la apropiación presupuestal.

Artículo 6º Esta Ley regirá desde su sanción".

La objeción de inconstitucionalidad que le hace el Presidente de la República al referido Proyecto de Ley, se basa en que "de conformidad con el numeral 13 del artículo 120 de la Constitución, es facultad privativa del Presidente de la República, reglamentar y dirigir la Instrucción Pública Nacional, por lo cual si en desarrollo de tal mandato el Gobierno al llevar a cabo la programación y ordenamiento del Plan Educativo del país, no ha considerado la creación, construcción y dotación de ese Plantel, no es dable al Congreso disponer tal cosa, sin usar de la facultad que como se ha advertido, la Carta Fundamental atribuye en forma privativa al Jefe del Estado". Y agrega luego: "La creación, construcción y dotación del Establecimiento Educativo a que alude el Proyecto, no están contempladas dentro de los planes y programas de desarrollo educativo adoptados previo el estudio de carácter general y técnico realizado por el Gobierno, su financiación no está incluida dentro del Presupuesto de la próxima vigencia fiscal".

El señor Procurador General de la Nación estima que el Proyecto es inexequible, no por violación de las normas que el Gobierno cita en el Mensaje de Objeciones, sino porque contraría el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, si el Colegio proyectado tuviere carácter Municipal, o los ordinales 4º y 19 del mismo artículo 76, si el Proyecto de Ley se refiere a una obra de carácter nacional.

Se considera:

Es evidente, como acertadamente lo expresa el señor Procurador General de la Nación, que el Proyecto de Ley objetado por el Gobierno no vulnera la facultad que en forma privativa se le atribuye al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, de "Reglamentar, dirigir e inspeccionar la Instrucción Pública Nacional" según preceptúa el ordinal 13 del artículo 120 de la Carta Fundamental, pues en dicho Proyecto nada se contempla que pueda entenderse dirigido a desconocer o arrebatar esa función Presidencial.

Empero, como de conformidad con lo dispuesto por la Ley 96 de 1946, aplicable también en el caso de objeción Presidencial a Proyectos de Ley si se encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados deberá hacerse la correspondiente declaración, teniendo en consideración otros preceptos de la Constitución Nacional.

Si se examina el texto del Proyecto de Ley objetado, puede apreciarse que sus disposiciones tienden a fomentar una empresa útil o benéfica, en interés de la cultura de la juventud estudiosa de la ciudad de Sandoná, lo cual es digno de estímulo y apoyo, pero que debe efectuarse con observancia de lo preceptuado por la Constitución. Al respecto el señor Procurador dice lo siguiente:

"En mi opinión lo aprobado por el Congreso de la República debe analizarse a la luz del artículo 76 de la Constitución. Si como parece, lo que el proyecto se propone es crear un Colegio de carácter Municipal (y así dan a entenderlo el hecho de que según el artículo 3º el Municipio de Sandoná debe concurrir a la realización de la obra con el lote de terreno adecuado para la construcción del edificio del Colegio de Bachillerato, y la cita que del ordinal 20 del artículo 76 de la constitución se hace en los informes de las Comisiones (folios 28 y 40), en mi entender se estaría en uno de los casos de fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, que el Congreso puede ordenar dentro de sus atribuciones, pero siempre que lo haga con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes, como lo ordena perentoriamente el ordinal 20 del artículo 76. Esta clase de empresas estaba incluida entre las que se consideraban útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, de conformidad con el ordinal b) del artículo 1º de la Ley 71 de 1946, que desarrollaba y hacía operante el citado ordinal 20; pero para que pudiera auxiliarse con fondos nacionales una obra de esta naturaleza, debían cumplirse los requisitos señalados por los Artículos 2º, 4º y 5º de la referida Ley 71, todo lo cual está ausente en el caso que se estudia, puesto que el expediente no contiene ninguno de los documentos requeridos para la viabilidad de este auxilio a título de fomento".

Reiteradamente ha dicho la Corte, al fijar el alcance y contenido del precepto consignado en el ordinal 20 del Artículo 76 de la Carta Fundamental, que si no es "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes", le está vedado al Congreso fomentar, por medio de Leyes, empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo o apoyo.

Así en el fallo del 3 de agosto de 1965, expresó lo siguiente:

"No se oculta la finalidad perseguida por el Constituyente, de organizar con esmero la inversión de los fondos públicos de fomento económico, o de apoyo, auxilio o estímulo de los institutos o empresas útiles o benéficas, en interés general y de la cultura. Primeramente para evitar que por dispersión de los recursos se malogre el buen éxito de la gestión oficial; y en segundo término, porque el desarrollo de los pueblos exige planificación de su actividad.

"Todo lo cual significa obviamente que si en general existen instituciones dignas de apoyo, como las que se dedican a la formación de la juventud universitaria, no es posible sin embargo decretar auxilios de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas adoptados con anticipación por el Congreso, como surge con claridad del imperativo Constitucional que exige el lleno de las condiciones presupuestas por la correspondiente planeación".

La circunstancia de que la Ley 71 de 1946 fuese derogada por el Decreto Ley 1675 de 14 de julio de 1964, no significa que el Congreso pueda ordenar aquellos auxilios sin la programación exigida por el constituyente. Si esos planes y programas no existen, quiere decir que mientras tanto le está vedado decretarlos, pues, en tal evento, el Congreso no puede ejercer la atribución que le confiere el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, si se estimase que la construcción del edificio que se ordena en el Proyecto objetado es una obra pública de carácter nacional, se quebrantaría, igualmente, el ordinal 19 del mismo artículo 76 de la Carta, por cuanto se estaría ordenando emprender una obra que sólo puede hacerse "con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas" las cuales deben expedirse con anterioridad, conforme lo dispone el ordinal 4º del mismo precepto constitucional. Dichos planes y programas previos no existen para el caso que se examina, por lo que el ordenamiento previsto en el Proyecto de Ley objetado por el Gobierno, resulta contrariando ostensiblemente los preceptos de la constitución a que antes se ha hecho referencia.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el Artículo 214 de la Carta, DECLARA INEXEQUIBLE, en su totalidad, el Proyecto de Ley Nº 224 "por la cual se destina una partida para la creación, construcción y dotación de una obra en la ciudad de Sandoná, Departamento de Nariño", objetado por el Señor Presidente de la República.

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

Luis Fernando Paredes A., Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario

INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY SOBRE CONSTRUCCION DE LA UNIVERSIDAD OBRERA DE PEREIRA, OBJETADO POR EL GOBIERNO.

LA CORTE DECLARA LA INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTS. 1º, 2º y 3º DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE ORDENA LA CONSTRUCCION DE UNA OBRA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".

Violación del ordinal 2º del art. 76 de la Carta. La ausencia de planes y programas impide de manera absoluta al Congreso la expedición de leyes sobre apoyo o estímulo concreto a empresas que considere útiles o benéficas. Para que la sentencia de jurisdicción constitucional constituya el acto de guarda de la integridad de la constitución al estudiar un proyecto objetado la Corte debe confrontarlo con la totalidad de los mandatos de la Carta.

No existe hoy una ley que haya adoptado "los planes y programas" para el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo por el Estado, y la derogatoria de la ley 7ª de 1946 sobre la materia, no puede suspender la vigencia de la norma constitucional, como ya lo ha dicho la Corte. Antes por el contrario, como lo expresó recientemente, la ausencia de planes y programas impide de manera absoluta al Congreso la expedición de leyes sobre apoyo o estímulo concreto a empresas que considere útiles o benéficas. De otro lado, como se definió en sentencia de 23 de agosto del corriente año (objeciones al proyecto de ley "por la cual se nacionaliza la escuela normal Superior de Señoritas de San Gil y se dictan otras disposiciones"), "según el art. 50 de la ley 93 de 1965 "sobre presupuestos de rentas e ingresos y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1966", "considérase que son empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo o apoyo por parte de la Nación, las que se enumeran a continuación: ...b) la construcción, ensanche y sostenimiento de establecimientos de enseñanza primaria, secundaria profesional y artística...". Prescindiendo de considerar la tacha que podría hacérsele a este precepto por haber sido incluido en la ley de presupuesto general de rentas y apropiaciones, sobre lo cual el Procurador hace interesantes disquisiciones, es palmario que no contiene una planeación o programación en el sentido del ordinal 2º del art. 76 de la Carta.

Debe anotarse, como lo hace el señor Procurador, que la objeción del Gobierno no se basó en la disposición de la Carta, que se estima violada conforme a las motivaciones anteriores. Pero como ya lo ha decidido la Corte y se deriva no sólo de lo dispuesto por el art. 2º de la ley 96 de 1938 sino del alcance mismo de guarda de la integridad de la Constitución (se subraya) que a la Corte se confía por el art. 214 de la misma, cumplido el impulso que constituyen la acción pública ciudadana contra las leyes o los decretos señalados en este artículo o el envío del proyecto objetado, la Corte debe confrontar la ley, el Decreto o el Proyecto, con la totalidad de los mandatos de la Carta, para que la sentencia de jurisdicción constitucional constituya el acto de guarda de la integridad de la Constitución.

I

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

Se ha remitido a la Corte Suprema de Justicia el proyecto de ley "POR LA CUAL SE ORDENA LA CONSTRUCCION DE UNA OBRA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES (EDIFICIO PARA LA UNIVERSIDAD OBRERA DE PEREIRA)" para que esta corporación decida sobre su exequibilidad conforme al mandato del artículo 214 de la Constitución Nacional, y en virtud de que la objeción de inconstitucionalidad formulada por el Gobierno a los artículos 1º, 2º y 3º del Proyecto, a más de la de inconveniencia

en su conjunto, se declararon infundadas por las dos cámaras del Congreso Nacional.

Las objeciones del Gobierno, suscritas por el señor Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Educación Nacional, son del siguiente tenor:

"Contempla el proyecto la construcción del edificio para la 'Universidad Obrera de Pereira' en esa ciudad y su transferencia posterior a la Comunidad Franciscana.

"Considera el Gobierno que la calificación previa que la ley da al establecimiento que va a funcionar en el edificio a construirse es en primer término prematura y en segundo lugar, que tal clasificación corresponde hacerla exclusivamente al Presidente de la República en ejercicio de la facultad de reglamentar la instrucción pública en el país que el numeral 13 del artículo 120 de la Constitución Nacional, le otorga.

"En tal razón, se estima que la ubicación a priori, dentro del elenco de Universidades hace la ley del establecimiento educativo a fundarse, es además de inconstitucional, inconveniente. Su catalogación dentro de un determinado nivel de enseñanza no es caprichosa, sino que ella obedece a la categoría de instrucción que en el orden académico vaya a impartir, lo cual solamente puede ser el resultado de un estudio previo y de la consecuencial reglamentación que por competencia privativa, expida al respecto el Gobierno.

"Las partidas que se ordenan incluir en los próximos Presupuestos, facultando al Gobierno, si no se hiciere, para efectuar las apropiaciones, traslados, créditos y demás operaciones de orden fiscal, son inconvenientes ya que hacen más pesada la carga de los gastos en las próximas vigencias.

"El Gobierno Nacional, respetuosamente objeta por inconstitucionalidad el proyecto de ley sometido a su consideración, en sus artículos 1º, 2º y 3º, y por inconveniencia, su conjunto".

El texto de los artículos del proyecto que merecen al Gobierno la objeción por inconstitucionalidad que da lugar al presente examen de la Corte, es como sigue:

"ARTICULO 1º—La Nación por conducto de la Sección de Arquitectura del Ministerio de Educación procederá a construir un edificio para el funcionamento de la UNIVERSIDAD OBRERA DE PEREIRA en el barrio CUBA de la ciudad de Pereira, en el lote que para tal fin donó el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL a la comunidad Franciscana que regenta la parroquia de San Francisco de Asís siempre y cuando dicha comunidad lo facilite para tal fin".

"ARTICULO 2º. Una vez construido el edificio de que trata el artículo anterior, previos los estudios sobre las necesidades y prospectaciones docentes que deba llenar, el Gobierno lo transferirá a la Comunidad Franciscana para que tenga allí su sede la Universidad Obrera. La Comunidad Franciscana por su parte, no podrá darle a dichas edificaciones una destinación diferente a la que por la presente Ley se determina".

"ARTICULO 3º.—Una vez creada la Universidad Obrera, la Nación le prestará la ayuda económica, Técnica y Científica necesarias para asegurarle su funcionamiento de conformidad con las normas vigentes sobre la materia".

Las réplicas de una y otra Cámaras a la objeción del Gobierno por inconstitucionalidad puede resumirse en que, según los conceptos de eminentes constitucionalistas - José María Samper y Francisco de Paula Pérez—, la función constitucional del Presidente de la República sobre reglamentación, dirección e inspección de la instrucción pública, no impide al Congreso legislar sobre la materia, campo en el cual puede llegar hasta la creación de universidades, que quedarían, desde luego, sometidas a las reglamentaciones y a la inspección del Gobierno Nacional.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

Por su parte, el señor Procurador General de la Nación en su concepto considera que el proyecto en nada vulnera la disposición del numeral 13 del artículo 120 de la C. N. por "el solo hecho de llamar "Universidad" a un establecimiento educativo que apenas se pretende fundar o crear". Y agrega: "Si el establecimiento educativo fuere realmente creado, el hecho de que el proyecto que se estudia lo haya denominado "Universidad" no conduce a que haya de dársele necesariamente tal calificativo posterior; las normas legales en vigencia exigen el lleno de determinados requisitos y condiciones para que se admita como Universidad a un establecimiento público de instrucción superior, y sería entonces cuando debería estudiarse y resolverse por el Gobierno si tales condiciones se reunen o no, para autorizar el funcionamiento del Instituto como Universidad o a otro título". Expresa luego que el Congreso se ha limitado a ordenar la construcción de un edificio para que eventual-

mente sirva de sede a un establecimiento de educación, que denomina "Universidad", pero que no podría funcionar como tal si no llenase los requisitos legales sobre la materia.

Más aunque el señor Procurador concluye que, por este aspecto, la objeción de inconstitucionalidad no tendría fundamento, estima que si se adopta el criterio de la Corte sobre examen del Proyecto frente a las demás disposiciones constitucionales, se encontrarán los artículos objetados contrarios al numeral 20 del artículo 76 de la Carta. Expresa al respecto el señor Procurador:

"Partiendo de la base de que lo que en el fondo se propone el proyecto es auxiliar, con edificio apropiado y con fondos para el sostenimiento, un establecimiento educativo que pretende instalar una Comunidad Religiosa en la ciudad de Pereira, a juicio de la Procuraduría se está ante el fomento de una empresa útil o benéfica, digna de estímulo y apoyo, lo cual podría hacerse sólo en ejercicio de la atribución que al Congreso otorga el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución". Añade que la Ley 71 de 1946, que dio desarrollo a la citada disposición constitucional, incluyó entre las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo por la Nación las semejantes a la de que se trata en este caso, y exigió el cumplimiento de unos requisitos previos al presentarse el proyecto de Ley sobre apoyo o estímulo para establecer que la empresa respectiva está incluída dentro de los planes a que hace referencia el mandato constitucional. Y considera que, no obstante haber sido derogada la Ley 71, la Ley 93 de 1965 que hace una enumeración de empresas útiles o benéficas no constituye un plan en el sentido del mandato constitucional, como lo ha dicho ya la Corte, y por ello debe estarse a lo dispuesto en este mandato. Por ello concluye su concepto con la solicitud de declaratoria de inexequibilidad.

CONSIDERA LA CORTE:

El proyecto de ley objetado dispone la construcción de un edificio en terreno de propiedad de la Comunidad Franciscana, para ser transferido luego por el Estado a dicha Comunidad, con destino a la "Universidad Obrera de Pereira". Realmente, como lo anota el señor Procurador, lo que el Congreso manda no es la creación de una Universidad, en la calificación académica que las normas legales dan a establecimientos de enseñanza superior, sino apoyar a la Comunidad Franciscana con la donación de un edificio y con ayudas económicas y técnicas futuras, para el establecimiento de una "Universidad Obrera", que de crearse, para actuar dentro de la vida universitaria nacional con la calidad de tal, debería someterse a las reglamentaciones expedidas por el Gobierno sobre la materia. El proyecto no fija características ni proyecciones académicas de la denominada "Universidad Obrera" a que se destinaría el edificio que se ordena construir, por lo cual no entra en el campo de la reglamentación que compete al Presidente de la República y que ha venido cumpliendo conforme al numeral 13 del artículo 120 de la Constitución. Cuando más se trata de una denominación, que podría corresponder a la realidad universitaria, si llegase a organizarse dentro de las condiciones reglamentarias, o que sería, en caso contrario, un establecimiento educativo con denominación inadecuada a su categoría docente. Pero de lo que sí se trata es de la orden de construir un edificio para ser traspasado a la Comunidad Franciscana, y de apoyar en el futuro el establecimiento educativo allí organizado por ella, lo que sin duda alguna es un apoyo del Estado a una obra de indudables beneficios y utilidad para el país, pero que, por ello, dentro del marco del artículo 76, numeral 20 de la Carta, debe sujetarse *estrictamente* (subraya la Corte) "a los planes y programas correspondientes".

No existe hoy una ley que haya adoptado "los planes y programas" para el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo por el Estado, y la derogatoria de la Ley 71 de 1946 sobre la materia, no puede suspender la vigencia de la norma constitucional, como ya lo ha dicho la Corte. Antes por el contrario, como lo expresé recientemente, la ausencia de planes y programas impide de manera absoluta al Congreso la expedición de leyes sobre apoyo o estímulo concreto a empresas que considere útiles o benéficas. De otro lado, como se definió en sentencia de 22 de agosto del corriente año (objeciones al proyecto de ley "por la cual se nacionaliza la Escuela Normal Superior de Señoritas de San Gil y se dictan otras disposiciones"), "según el artículo 59 de la Ley 93 de 1965, "sobre Presupuesto de Rentas e Ingresos y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1966", "considérase que son empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, las que se enumeran a continuación: . . . b) La construcción, ensanche y

sostenimiento de establecimientos de enseñanza primaria, secundaria, profesional y artística..." Prescindiendo de considerar la tacha que podría hacérsele a este precepto por haber sido incluído en la Ley de presupuesto general de rentas y apropiaciones, sobre lo cual el Procurador hace interesantes disquisiciones, es palmario que no contiene una planeación o programación en el sentido del ordinal 2º del artículo 76 de la Carta".

En el caso que se estudia, por no existir ley sobre planes y programas en la materia de que trata el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, la obra benéfica que se pretende apoyar por el proyecto de ley objetado, no se sujeta a la condición necesaria establecida por esta disposición para que el Congreso pueda disponer el apoyo o estímulo, y resulta, en consecuencia, quebrantado el mandato superior constitucional.

A este respecto debe anotarse, como lo hace el señor Procurador, que la objeción del Gobierno no se basó en la disposición de la Carta que se estima violada conforme a las motivaciones anteriores. Pero como ya lo ha decidido la Corte y se deriva no sólo de lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 96 de 1936 sino del alcance mismo de la *guarda de la integridad de la Constitución* (se subraya) que a la Corte se confía por el artículo 214 de la misma, cumplido el impulso que constituye la acción pública ciudadana contra las leyes o los decretos señalados en este artículo o el envío del proyecto objetado, la Corte debe confrontar la Ley, el Decreto o el Proyecto, con la totalidad de los mandatos de la Carta, para que la sentencia de jurisdicción constitucional constituya el acto de guarda de la integridad de la Constitución.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción que le asigna el artículo 214 de la Constitución Nacional, DECLARA INEXEQUIBLES los artículos 1º, 2º y 3º del Proyecto de ley "por la cual se ordena la construcción de una obra y se dictan otras disposiciones (edificio para la Universidad Obrera de Pereira)".

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

Luis Fernando Paredes A., Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTS. 2º, 5º, 8º, 10º y 11º DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DECRETAN UNAS OBRAS PUBLICAS Y SE IMPULSA EL DESARROLLO Y PROGRESO DEL MUNICIPIO DE AGUSTIN CODAZZI, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA". DEVUELTO POR EL SEÑOR PRESIDENTE POR INCONSTITUCIONAL E INCONVENIENTE

Cuando el Congreso decreta la construcción de obras y el fomento de las empresas útiles y benéficas sin sujeción a planes y programas organizados por el propio legislador, viola los ordinales 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional según reiterada doctrina de la Corte.- Igual violación acontece, si adoptado el plan general regulador por el Congreso, se expiden leyes sobre obras no incluídas en el mismo plan regulador.

Ciertamente, como lo anota el señor Procurador, cuando el ordinal 20 del art. 76 de la Constitución señala entre las atribuciones del legislador fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, no puede estarse refiriendo sino a las que corresponden a entidades o personas distintas de la Nación, pues así lo está indicando la acción del verbo que tiene el sentido restringido de estímulo o apoyo a empresas que no son propias. De suerte que las obras a que se refieren los arts. 2º y 8º del proyecto caen bajo el régimen del ordinal 19 del art. 76 que confiere al Congreso la atribución de "decretar las obras públicas que hayan de emprenderse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas". Las contempladas en los arts. 5º, 10º y 11º son de las calificadas como útiles o benéficas, por lo cual se rigen por la regla del ordinal 20, según el cual corresponde al Congreso "fomentar las empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Estando la norma final de los ordinales 19 y 20 transcritos enderezada a hacer regular el ejercicio del poder que para decretar la construcción de obras y para fomentar las empresas útiles y benéficas la Constitución otorga al Congreso, la fijación de los planes y programas a que ambas disposiciones hacen referencia, como requisito previo a la expedición de las leyes respectivas, tiene todo el carácter de un acto-condición sin el cual el órgano legislativo no puede ejercer la correspondiente competencia. De suerte que las leyes sobre construcción de obras y sobre fomento de empresas, expedidas sin que se hayan adoptado los planes y programas reguladores de que tratan los preceptos mencionados, las violarían por cuanto desconocen la voluntad del constituyente que somete a un acto-condición el ejercicio de la respectiva potestad. Por ello ha fijado esta Corte que mientras no se expidan aquellos planes y programas al legislador le está vedado votar leyes sobre obras o auxilios, que "si así no fuese, le bastaría al Congreso no expedir ley alguna de planeación para convertir en letra muerta" las referidas disposiciones.

En el mismo orden de ideas, si adoptado el plan general regulador se expiden leyes sobre fomento de empresas o construcción de obras no incluídas en él, se violan igualmente los ordinales 19 y 20 del art. 76 de la Carta, según sea el caso, porque el desacato de la ley general tiene entonces el carácter de infracción medio que profana la de la Constitución como infracción fin.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, tres de septiembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

Haciendo uso de la facultad que le otorgan el artículo 65 y el ordinal 7º del artículo 118 de la Constitución Nacional, el señor Presidente de la República devolvió con objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia el proyecto de ley "por la cual se decretan unas obras públicas y se impulsa el desarrollo y progreso del municipio Agustín Codazzi, en el departamento del Magdalena", originario de la Cámara de Representantes.

Las disposiciones que merecieron ser objetadas por inconstitucionalidad son las siguientes:

"Artículo 2º El Gobierno Nacional organizará a la mayor brevedad posible sendos colegios de segunda enseñanza para varones y señoritas en el Municipio Agustín Codazzi, Departamento del Magdalena, para lo cual deberá construir los edificios indispensables.

"Artículo 5º Decrétase la construcción del alcantarillado de la ciudad de Codazzi y ordénase entubar la acequia que atraviesa la ciudad. La sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Magdalena, en sus programas para la próxima vigencia, incluirá preferencialmente la construcción a que se refiere el presente artículo.

"Artículo 6º La Empresa Colombiana de Aeropuertos (ECA) procederá a construir en la ciudad de Codazzi un aeropuerto con todas las dotaciones modernas y lo incluirá entre sus programas inmediatos, para lo cual asignará las sumas imprescindibles de este año en su presupuesto.

"Artículo 10º Ordénase la construcción de un mercado y matadero moderno en la ciudad de Codazzi, para lo cual se destina la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00), que será incluida en el Presupuesto Nacional en partidas anuales de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00).

"Artículo 11º Destínanse las siguientes partidas para la construcción de acueductos en el Municipio Agustín Codazzi: Doscientos mil pesos ($ 200.000.00) para el acueducto de Becerril y doscientos mil pesos ($ 200.000.00) para el acueducto de Casacará".

Como fundamento de las objeciones formuladas expone el señor Presidente:

"La Ley 71 de 1946, que desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, considera como empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, entre otras, la construcción de acueductos y alcantarillados, mataderos, etc., las que deben sujetarse a los requisitos establecidos por dicho estatuto legal.

"La Ley 71 es clara y terminante cuando ordena que las obras que quieran beneficiar con auxilios nacionales deben previamente acreditar su necesidad, por medio de certificaciones expedidas por las autoridades departamentales y municipales, y adjuntar los planos respectivos, sus presupuestos, etc.", todo lo cual se echa menos en el proyecto objetado.

Las cámaras declararon infundadas las objeciones que preceden, insistiendo en el proyecto, por lo cual éste ha venido al conocimiento de la Corte para los efectos que prevé el artículo 90 de la Carta.

En traslado al señor Procurador General de la Nación, este funcionario se refiere a cada una de las siguientes disposiciones que son motivo de objeción para precisar la causal de inconstitucionalidad que a cada una de ellas afecta. En su opinión, los artículos 2º y 6º "no se refieren a auxilios regionales ni a fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y de apoyo, de aquellas a que se refieren el numeral 20 del artículo 76 de la Carta Fundamental y la Ley 71 de 1946 que lo desarrolló", pues que las empresas a que tales normas aluden son las útiles y benéficas del orden departamental, municipal o particular, y las contempladas en los artículos 2º y 6º del proyecto son obras nacionales que no requieren "el acatado de la iniciativa al numeral 20 del artículo 76 de la Carta ni a la Ley 71 de 1946"; pero en cambio, los citados ordenamientos contrarían el ordinal 19 del mencionado artículo 76, que "enseña que el Congreso no puede hacer uso de su atribución de decretar obras públicas sin que previamente se haya adoptado por ley general, en cumplimiento de lo dispuesto en el ordinal 4º del mismo artículo, los planes y programas de las obras públicas nacionales que hayan de emprenderse o continuarse", condiciones que no se cumplen en los casos de los artículos 2º y 6º. Además, conforme al decreto extraordinario número 3269 de 1954, vigente en virtud de lo prescrito en la Ley 141 de 1961, la construcción de los aeródromos nacionales está encomendada a la Empresa Colombiana de Aeropuertos, a quien por mandato legal compete la planificación y programación correspondientes. Respecto de los artículos 5º, 10 y 11 del proyecto, considera el señor Procurador que por referirse a la construcción de una plaza de mercado y de alcantarillados y acueductos, que deben estimarse como empresas útiles y benéficas, deben someterse al régimen del ordinal 20, sin que en el expediente aparezca prueba alguna que acredite el cumplimiento de las condiciones requeridas en dicha norma.

El estudio de la Corte ha de concretarse a la objeción de inconstitucionalidad, en razón de lo preceptuado en el artículo 214 de la Carta.

Ciertamente, como lo anota el señor Procurador, cuando el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución señala entre las atribuciones del legislador *fomentar* las empresas útiles o benéficas

dignas de estímulo y apoyo, no puede estarse refiriendo sino a las que corresponden a entidades o personas distintas de la Nación, pues así lo está indicando la acción del verbo que tiene el sentido restringido de estímulo o apoyo a empresas que no son propias. De suerte que las obras a que se refieren los artículos 2º y 6º del proyecto caen bajo el régimen del ordinal 19 del artículo 76, que confiere al Congreso la atribución de "decretar las obras públicas que hayan de emprenderse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas". Las contempladas en los Artículos 5º, 10º y 11º son de las calificadas como útiles o benéficas, por lo cual se rigen por la regla del ordinal 20, según el cual corresponde al Congreso "fomentar las empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Estando la norma final de los ordinales 19 y 20 transcritos enderezada a hacer regular el ejercicio del poder que para decretar la construcción de obras y para fomentar las empresas útiles y benéficas la Constitución otorga al Congreso, la fijación de los planes y programas a que ambas disposiciones hacen referencia, como requisito previo a la expedición de las leyes respectivas, tiene todo el carácter de un *acto-condición* sin el cual el órgano legislativo no puede ejercer la correspondiente competencia. De suerte que las leyes sobre construcción de obras y sobre fomento de empresas, expedidas sin que se hayan adoptado los planes y programas reguladores de que tratan los preceptos mencionados, los vulneran por cuanto desconocen la voluntad del Constituyente que somete a un acto-condición el ejercicio de la respectiva potestad. Por ello ha dicho esta Corte que mientras no se expidan aquellos planes y programas al legislador le está vedado votar leyes sobre obras o auxilios, que "si así no fuese, le bastaría al Congreso no expedir ley alguna de planeación para convertir en letra muerta" las referidas disposiciones.

En el mismo orden de ideas, si adoptado el plan general regulador se expiden leyes sobre fomento de empresas o construcción de obras no incluidas en él, se violan igualmente los ordinales 19 y 20 del artículo 76 de la Carta, según sea el caso, porque el desacato de la ley general tiene entonces el carácter de infracción *medio* que produce la de la Constitución como infracción *fin*.

Y como en el caso presente las normas acusadas fueron dictadas sin que se hubieran cumplido las condiciones a que se ha venido haciendo referencia, es procedente la declaración de inexequibilidad solicitada, en acuerdo con el concepto emitido por el señor Procurador.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, declara inexequible los artículos 2º, 5º, 6º, 10º y 11º del proyecto de ley "por la cual se decretan unas obras públicas y se impulsa el desarrollo y progreso del municipio Agustín Codazzi, en el departamento del Magdalena".

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Luis Fernando Paredes A., Presidente; *Ramiro Araújo Gran, Adán Arriaga Andrade, Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Crótatas Londoño, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Arturo C. Posada, Carlos Peláez Trujillo, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario

DEFENSORIA DEL PUEBLO
BIBLIOTECA
FONDO DOCUMENTAL

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLE EL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DECRETA UN AUXILIO EN FAVOR DE UNA INSTITUCION BENEFICA".

Se reitera la doctrina relativa a la violación del ordinal 20 del art. 76 de la Carta, cuando el Congreso decreta leyes sobre fomento de empresas benéficas sin que se hayan expedido los planes y programas que regulen leyes particulares.

El ordinal 20 del art. 76 de la Carta fue desarrollado por la ley 71 de 1946 que determinó los planes, programas y condiciones a que debería ceñirse el Congreso al tramitar y adoptar proyectos de ley para el fomento de las obras o empresas aludidas en aquella norma constitucional. En su artículo 1º traía esa ley una enumeración de tales obras o empresas, entre las que se cuenta la construcción de casas de beneficencia, como lo es la institución denominada Instituto Infantil Femenino para Niñas Desamparadas. El resto del articulado establecía los requisitos y condiciones indispensables para que el Legislador pudiera decretar su ejecución o fomento, todo en desarrollo, como se deja indicado, del precepto fundamental que ordena que aquellas obras no se decreten sino conforme a planes y programas previstos por el mismo legislador. Los art. 2º y 5º exigían, de modo especial, que el proyecto fuese presentado con planes, presupuesto de costo y certificación del respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo sobre la urgencia de la obra o empresa en relación con las demás obras nacionales. Esta ley fue derogada por el Decreto extraordinario 1875 de 14 de julio de 1964.

Ahora bien, la Corte ha sostenido, y así lo tiene declarado en numerosos fallos, que las leyes sobre obras públicas o de fomento de empresas que se dicten (en las cuales se hallan comprendidas las de auxilios a esas obras o empresas) sin que se hayan cumplido los requisitos previstos en el respectivo plan general, vulneran los arts. 19 a 20 —según sea el caso— del art. 76 de la Carta; y ello es así, porque la fijación de planes y programas de orden general tiene en los ordinales mencionados todo el carácter de un acto-condición al cual la ley fundamental sujeta la potestad de dictar leyes sobre las materias señaladas en dichas disposiciones, y el uso de una competencia sin que se haya cumplido el acto-condición que regula su ejercicio, es, en cuanto infracción de la regla inferior reguladora, violación de medio que conduce a la violación fin del precepto superior que ordena regular la respectiva facultad. Y como en el expediente, no aparece, ciertamente, que al proyecto se hubiesen acompañado los documentos exigidos en los arts. 2º y 5º de la ley 71 de 1946, con la que se infringió la ley reguladora de la potestad legislativa en materia de empresas útiles y benéficas, resulta también violado el ordinal 20 del art. 76 de la Constitución que permite al Congreso fomentar empresas benéficas sólo con sujeción a planes y programas generales.

Pudiera argüirse que el proyecto fue adoptado con posterioridad a la derogatoria de la ley 71 de 1946 por el Decreto 1675 de 1964. Pero, aparte de que fue presentado con anterioridad y que los arts. 2º y 5º requerían el cumplimiento de las condiciones en ellos establecidas en el momento de la presentación, el Congreso tampoco podía adoptar el proyecto sin quebrantar esas normas debido a la inexistencia del plan general regulador, por no haber sido expedido o por haber sido derogado el existente, porque el oficio del acto-condición es precisamente permitir el uso de un poder legal, como el que tiene el Congreso para dictar leyes sobre empresas útiles y benéficas, de suerte que tal poder no puede ejercitarse mientras no se haya cumplido la condición; o sea, que en caso como el presente el Congreso no puede decretar leyes sobre fomento de empresas benéficas sin que se hayan expedido los planes y programas que regulen la expedición de leyes particulares sobre esa materia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, septiembre tres de 1966.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En ejercicio de la facultad que le confieren el artículo 85 y el ordinal 7º del artículo 118 de la Constitución Nacional, el señor Presidente

de la República objetó, en su conjunto, por inconstitucionalidad e inconveniencia, el proyecto de ley " por la cual se decreta un auxilio en favor de una institución benéfica", que es del siguiente tenor:

"Artículo 1º Auxíliese con la cantidad de seiscientos mil pesos ($ 600.000.00) moneda legal, y por una sola vez, a la Fundación útil y benéfica, denominada 'Instituto Infantil Femenino para Niñas Desamparadas' que funciona en Bogotá.

"Artículo 2º El auxilio de que trata el artículo anterior, será cubierto en cuotas partes de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) por año, que se incluirán en los presupuestos sucesivos de las tres vigencias próximas. Y en caso de que se omitiere su inclusión, el Gobierno queda facultado para hacer efectivo el pago de dichas cuotas, mediante traslaciones, créditos y contracréditos dentro del respectivo presupuesto anual.

"Artículo 3º La Sociedad 'Instituto Infantil Femenino para Niñas Desamparadas' invertirá íntegramente el auxilio a que se refiere la presente Ley, en la construcción de su propio edificio, destinado a las finalidades docentes para que fue fundada, y en caso que sea disuelta, al cabo de veinte (20) años, como lo prevén sus propios estatutos, el inmueble, junto con el lote donde sea construido, sus mejoras y anexidades, será revertido al Estado que a su vez, lo destinará a una de las entidades oficiales de Asistencia Social que existan (sic) en Bogotá y cuyas finalidades sean similares a la de la Sociedad a cuyo favor se decreta el auxilio.

"Artículo 4º La Sociedad 'Instituto Infantil Femenino para Niñas Desamparadas', para poder disfrutar del auxilio decretado por esta Ley, se someterá a los reglamentaciones que establezca y señale la Contraloría General de la República, a cuya fiscalización legal queda sometida la inversión de los dineros procedentes del auxilio mencionado.

"Artículo 5º Esta Ley regirá desde su sanción". Considera el señor Presidente que, aunque la Ley 71 de 1946 incluye entre las empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo, "la construcción, ensanche y sostenimiento de hospitales, clínicas, reformatorios, sanatorios y casas de salud y beneficencia, sean departamentales, municipales, de iniciativa particular, o de comunidades o asociaciones religiosas que tengan origen en decreto canónico", los artículos 2º y 5º de la citada ley ordena que el proyecto que persiga el apoyo nacional debe presentarse acompañado de los documentos allí enumerados, requisito que no se cumplió en el caso del proyecto que es motivo de las objeciones.

Tanto el senado como la cámara de representantes declaró infundadas tales objeciones, adoptando el proyecto, por lo que ha venido al conocimiento de la Corte para los efectos del artículo 214 de la Carta.

El señor Procurador General de la Nación, al dar concepto, se muestra de acuerdo con las objeciones del señor Presidente.

Como el artículo 214 citado excluye de la jurisdicción constitucional de la Corte el aspecto de la conveniencia o inconveniencia de las leyes, la presente decisión se limita a la cuestión de constitucionalidad.

El ordinal 20 del artículo 76 de la Carta fue desarrollado por la ley 71 de 1946 que determinó los planes, programas y condiciones a que debería ceñirse el Congreso al tramitar y adoptar proyectos de ley para el fomento de las obras o empresas aludidas en aquella norma constitucional. En su artículo 1º traía esa ley una enumeración de tales obras o empresas, entre las que se cuenta la construcción de casas de beneficencia, como lo es la institución denominada Instituto Infantil Femenino para Niñas Desamparadas. El resto del articulado establecía los requisitos y condiciones indispensables para que el legislador pudiera decretar su ejecución o fomento, todo en desarrollo, como se deja indicado, del precepto fundamental que ordena que aquellas obras no se decreten sino conforme a planes y programas previstos por el mismo legislador. Los artículos 2º y 3º exigían, de modo especial, que el proyecto fuese presentado con planos, presupuesto de coste y certificación del respectivo ministro o jefe de departamento administrativo sobre la urgencia de la obra o empresa en relación con las demás obras nacionales. Esta ley fue derogada por el decreto extraordinario 1675 de 14 de julio de 1964.

Ahora bien, la Corte ha entendido, y así lo tiene declarado en numerosos fallos, que las leyes sobre obras públicas o de fomento de empresas que se dicten (en las cuales se hallan comprendidas las de auxilios a esas obras o empresas) sin que se hayan cumplido los requisitos previstos en el respectivo plan general, vulneran los ordinales 19 ó 20 —según sea el caso— del artículo 76 de la Carta; y ello es así, porque la fijación de

planes y programas de orden general tiene en los ordinales mencionados todo el carácter de un *acto-condición* al cual la ley fundamental sujeta la potestad de dictar leyes sobre las materias señaladas en dichas disposiciones, y el uso de una competencia sin que se haya cumplido el acto-condición que regula su ejercicio, es, en cuanto infracción de la regla inferior reguladora, violación *de medio* que conduce a la violación *fin* del precepto superior que ordena regular la respectiva facultad. Y como en el expediente no aparece, ciertamente, que al proyecto se hubiesen acompañado los documentos exigidos en los artículos 2º y 5º de la ley 71 de 1946, con lo que se infringió la ley reguladora de la potestad legislativa en materia de empresas útiles y benéficas, resulta también violado el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución que permite al Congreso fomentar empresas benéficas sólo con sujeción a planes y programas generales.

Pudiera arguirse que el proyecto fue adoptado con posterioridad a la derogatoria de la ley 71 de 1946 por el decreto 1675 de 1964. Pero, aparte de que fue presentado con anterioridad y que los artículos 2º y 5º requerían el cumplimiento de las condiciones en ellos establecidas en el momento de la presentación, el Congreso tampoco podía adoptar el proyecto sin quebrantar esas normas debido a la inexistencia del plan general regulador, por no haber sido expedido o por haber sido derogado el existente, porque oficio del acto-condición es precisamente permitir el uso de un poder legal, como el que tiene el Congreso para dictar leyes sobre empresas útiles y benéficas, de suerte que tal poder no puede ejercitarse mientras no se haya cumplido la condición; o sea, que en caso como el presente el Congreso no puede decretar leyes sobre fomento de empresas benéficas sin que se hayan expedido los planes y programas que regulen la expedición de leyes particulares sobre esa materia.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, declara inexequible el proyecto de ley "por la cual se decreta un auxilio en favor de una institución benéfica".

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Luis Fernando Paredes A., Presidente; *Ramón Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Crótatas Londoño, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Oseja Peña, Arturo C. Posada, Carlos Peláez Trujillo, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONSTITUCIONAL EL DECRETO LEY SOBRE AVALUO DE PREDIOS RURALES.

LA CORTE DECLARA LA EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEY Nº 2695 DE 1963 "POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS SOBRE AVALUOS DE INMUEBLES RURALES.

1.- El avalúo de los predios rurales se tomará como monto de la indemnización que debe pagarse al propietario o poseedor de un fundo expropiado por causa de utilidad pública o interés social, sin necesidad de avalúo especial dentro de las respectivas diligencias de expropiación.

2.- Cuando las entidades de derecho público adquieran un predio rural por negociación directa o por expropiación, no podrán pagar un precio superior al señalado por el tope del avalúo catastral.

1.—Desde luego, la interpretación de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente, en cuanto a su extensión y según el citado inciso 5º, no se puede hacer con un criterio puramente exegético, sino mediante un razonamiento que conduzca a conseguir el fin que se propuso el legislador al conferirlas, el cual consistía en que el avalúo catastral de los bienes inmuebles se ajuste "al valor comercial de dichos bienes", sin que en tal disposición se hubiera señalado el sistema o modo de hacer tal ajuste; de ahí que, estando al Presidente en libertad en cuanto a la escogencia del medio, válidamente podía acudir al criterio del propietario del predio para la fijación de su valor; pero no solamente para el pago del impuesto respectivo, sino también como precio en caso de expropiación por causa de utilidad pública o interés social, con el objeto de que tal estimación fuera sincera o estuviera a tono con el verdadero valor comercial del inmueble, ya que si el avalúo del dueño solamente sirviera de base para la liquidación del impuesto, no puede remitirse a duda alguna que se apreciaría por debajo de su precio comercial, con evidente desconocimiento de la verdadera finalidad de la ley 21 de 1963 que revistió al Presidente de facultades extraordinarias, precisamente, para que los precios señalados en el catastro "se ajusten, a la mayor brevedad posible, al valor comercial de dichos bienes".

2.—Puede objetarse que el sistema de autorizar a los propietarios para fijar el precio de los inmuebles, no sea apto y adecuado para obtener que la estimación esté ajustada a la realidad comercial, porque nadie más especulativo que el mismo dueño para hacer tal apreciación, pues conoce la extensión, calidad, rentabilidad y demás circunstancias del inmueble; y así, pues, no sería el justo ni equitativo que tal estimación sea aceptable o válida para la liquidación del impuesto, pero no para el pago de la correspondiente indemnización, en caso de expropiación, dejando en vigencia un doble criterio de estimado con las personales conveniencias de los interesados.

3.—Debe ponerse de manifiesto que el numeral quinto del art. 1º de la ley 21 de 1963 no tiene la única finalidad de fortalecer el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, como lo entiende el actor, sino que, además, se facultó al Presidente para que, mientras lo puede hacer el dicho instituto, proceda a "establecer normas tendientes a lograr un sistema efectivo para que los avalúos de los bienes inmuebles se ajusten, a la mayor brevedad posible, al valor comercial de dichos bienes"; por tanto, quedó facultado para escoger el sistema que estimare adecuado para que opere el ajuste buscado, como el de conferir a los propietarios la facultad de estimar el valor de sus propios bienes, pero no sólo para la liquidación del impuesto de catastro, sino también como precio máximo en caso de ser expropiado.

El Presidente de la República quedó facultado por el citado numeral 5º del Art. 1º de la ley 21 de 1963, para fijar o determinar los medios alternos para conseguir la finalidad de que los avalúos catastrales se ajusten a la realidad comercial, como si de aceptar el concepto del propietario a modo de una confesión de parte, como ya lo había dicho el art. 84 de la Resolución 83 de 19 de Diciembre de 1941. (D. O. Nº 25966 de 10 de Julio de 1943) e invocado en el primer inciso del art. 1º del Decreto acusado.

4.—Si la estimación del propietario sirve de base para la liquidación del impuesto, según el numeral a) del art. 1º que ha sido objeto de acusación por parte del actor, también ocurre lo propio con el numeral b) del mismo artículo que ordena que "se tomará como monto de la indemnización que debe pagarse al propietario o poseedor de un fundo expropiado por causa de utilidad pública o interés social", pues donde hay la misma razón debe existir la misma norma de derecho, ya que si es justa y equitativa la estimación del propietario para la liquidación y pago del impuesto, también debe serlo para satisfacer la indemnización en caso de expropiación.

5.—Se dice por el actor que los arts. acusados violan los principios contenidos en el 26 de la Constitución, por cuanto en los juicios de expropiación, dadas las reformas, no se llevarán a efecto "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; sin embargo, tampoco existe el quebrantamiento del citado precepto, por estos motivos:

En primer término, el argumento incurre en petición de principio al suponer que la Constitución determina las formas propias de cada juicio, lo cual es del todo inexacto, pues tal función está encomendada, según los numerales 1º y 2º del art. 76 de la Constitución, a la rama Legislativa, que tiene la facultad de señalarlas, como también la de modificarlas o reformarlas cuando lo estime conveniente; por tanto, si antes el avalúo para fijar el monto de la indemnización en caso de expropiación de un predio, se hacía mediante la intervención de peritos, no existe óbice constitucional alguna para que, como medio probatorio, se acuda a la propia estimación o confesión del propietario, por mandato legal o bien por Decreto-ley del Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias, en ambos casos para regular hechos posteriores a la vigencia de los dichos preceptos.

6.—El Constituyente al dictar las normas fundamentales puede limitar, y en efecto, limita en muchos casos la función o competencia legislativa del Congreso, en dos formas: primero mediante prohibiciones expresas como las previstas en los arts. 29, 34, 32, 78 y otros de la Constitución; y segundo señalando el contenido de las finalidades previas que debe llenar la ley para su cabal eficacia, como sucede en los casos definidos en los arts. 30, 31, 32, numeral 23 del art. 76 y demás normas similares; sin embargo, no existe ninguna prohibición para que el legislador determine los medios probatorios para toda clase de procesos, como tampoco existe la orden de que, en tratándose de juicios de expropiación, la única prueba o medio probatorio aceptable sea el dictamen pericial emitido con las formalidades previstas en el C. de P. C. o en otras leyes especiales, porque tales normas no pueden considerarse como cánones constitucionales sino como preceptos ordinarios que puede modificarse o reformarse, en cualquier tiempo, por el Congreso o por el Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias conforme al numeral 12 del art. 76 de la Constitución, como sucedió, precisamente, con la expedición del Decreto 2895 de 26 de noviembre de 1963 (D. O. 31251).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos sesenta seis.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

I Demanda. - El doctor José Joaquín Camacho Pardo, con fundamento en el artículo 214 de la Constitución, solicita que se declaren inexequibles las siguientes disposiciones del Decreto-Ley Nº 2895 de 1963, "por el cual se dictan normas sobre avalúos de inmuebles rurales" (D. O. Nº 31251 de 9 de diciembre de 1963), expedido con fundamento en la ley de autorizaciones 21 de 1963.

"Artículo 1º. El avalúo de los predios rurales señalados en los catastros levantados o que se levanten conforme a la Resolución 831 de 1941, proveniente del Ministerio de Hacienda, o las normas que en materia catastral dicte en lo futuro el Gobierno, siempre que no sea anterior en más de dos (2) años a la fecha en que se cause el gravamen fiscal o a aquella en que se haga al propietario o poseedor de un inmueble la primera notificación de que una entidad de derecho público intenta adquirirlo, tendrá los siguientes efectos:

"a) .....

"b) Se tomará como monto de la indemnización que debe pagarse al propietario o poseedor de un fundo expropiado por causa de utilidad pública o interés social. De consiguiente, en ese caso no habrá lugar a avalúo especial dentro de las respectivas diligencias de expropiación.

"

.....

"Artículo 6º. La estimación que ordena hacer el artículo 3º tiene por objeto suplir para los efectos fiscales el avalúo catastral que contempla el artículo primero de este Decreto, mientras tal avalúo no se haya llevado a efecto conforme al mismo artículo, o cuando hayan transcurrido más de dos (2) años desde que se hizo. De consiguiente, tan pronto como la declaración sea hecha por el propietario o poseedor, se dejará la correspondiente constancia en los registros catastrales, y

los impuestos comenzarán a causarse desde ese momento, de acuerdo con el valor en ella señalado.

"Artículo 7º. Las entidades de derecho público, en los casos en que adquieran por negociación directa un inmueble rural, no podrán pagar por éste un precio superior al que figure en el catastro conforme a las disposiciones de los artículos primero y sexto del presente Decreto.

En caso de expropiación, no podrán tampoco los peritos que deban estimar el precio de un inmueble que no haya sido avaluado en el catastro de acuerdo con el artículo primero, exceder el que le fue señalado por el propietario o poseedor en obedecimiento a las reglas de este Decreto. Igual norma deberá ser observada por el Juez de la causa.

"Pero es entendido que la estimación hecha por el propietario o poseedor, en cuanto exceda del avalúo que de un inmueble se practique conforme a las disposiciones pertinentes, no obliga en manera alguna a la entidad de derecho público que intente adquirir tal inmueble.

"

"Artículo 8º. Si el propietario o poseedor de un fundo no hiciere la estimación prevista en el artículo tercero, se presume de derecho que acepta como tal, para los efectos de lo establecido en el artículo anterior, el avalúo catastral vigente en el momento en que se cumple la primera notificación hecha al interesado por la entidad de derecho público que proyecte adquirir el inmueble".

Considera el actor que las normas transcritas, en términos generales, violan los Artículos 76, 30 y 26 de la Constitución Nacional; y al efecto, para la demostración de su tesis, hace el siguiente razonamiento, en síntesis:

a) Las normas acusadas violan el ordinal 5º del artículo 1º de la ley 21 de 1963, porque no están comprendidas en las precisas autorizaciones allí enumeradas y, en consecuencia, violan el numeral 12 del Artículo 76 de la Constitución en cuanto legisló respecto de materias que no fueron objeto de las facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo por el Congreso.

El numeral invocado del artículo 1º de la citada ley, dice:

"Fortalecer al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y establecer normas tendientes a lograr un sistema efectivo para que los avalúos de los bienes inmuebles se ajusten, a la mayor brevedad posible, al valor comercial de dichos bienes. Mientras el Instituto Geográfico Agustín Codazzi reajusta comercialmente los catastros urbanos y rurales, facúltase al Gobierno para elevar un 100% el valor de éstos".

Después de afirmar que ninguna de las finalidades determinadas en el numeral copiado se cumplieron en el decreto acusado, agrega textualmente:

"Al no cumplir el Decreto Extraordinario con los objetivos previstos en la ley de facultades, es claro, en mi concepto, que el gobierno obró sin competencia e invadió un campo que el artículo 76 de la Constitución Nacional le tiene reservado al Congreso, al dictar reglas de derecho relacionadas con materias diferentes de las que el artículo 1º, ordinal 5º de la Ley 21 de 1963, le señaló de modo expreso. Las normas dictadas con extralimitación de funciones por el Gobierno, en reemplazo de legislador ordinario, se refieren a los siguientes aspectos:

"1º—Sobre catastro e impuesto predial, por cuanto el Decreto enjuiciado establece en su Artículo 6º, que para los propietarios de predios rurales a que se refiere el artículo 3º, el impuesto se pagará de acuerdo con el valor que tuvieren a bien señalar dichos propietarios en sus declaraciones.

"2º - Sobre adquisición de tierras de propiedad privada por motivos de interés social y utilidad pública, al establecer en el artículo 7º que 'Las entidades de derecho público, en el caso de que adquieran por negociación directa un inmueble, no podrán pagar por éste un precio superior al que figure en el catastro conforme a las disposiciones de los artículos 1º y 6º del presente Decreto'.

"3º - Sobre expropiación por motivos de utilidad pública, modificando las reglas generales contenidas a este respecto en la legislación vigente, en cuanto al mismo artículo 7º del Decreto acusado, preceptúa que en este evento, 'no podrán tampoco los peritos que deban estimar el precio de un inmueble que no haya sido avaluado en el catastro de acuerdo con el artículo 1º, exceder el que le fue señalado por el propietario o poseedor en obedecimiento a las reglas de este Decreto'. Este procedimiento que contraría los principios jurídicos consagrados en el artículo 30 de la Constitución, es arbitrario como lo ha sostenido la Corte en otros casos, 'porque somete a una norma preestablecida y artificial el dictamen de los peritos, el cual, según los principios que reglan la prueba pericial ha de provenir del leal saber

y entender de los expertos, esto es, de los dictados de su conciencia de hombres probos, ilustrada con el conocimiento que de ellos se supone en género de ciencias o artes sobre los cuales deben emitir su concepto". (sentencia de noviembre 4 de 1927 G. J., T. 34, pág. 113 y 114)". (fs. 5 y 6).

b) Se refiere, asimismo, a la violación del artículo 30 de la Constitución, por cuanto en el 7º del decreto acusado se dispuso que, en caso de expropiación, el precio no sería superior al señalado en el catastro "conforme a las disposiciones de los artículos 1º y 6º", lo cual va "en detrimento de la garantía constitucional que establece la plena indemnización...".

Para corroborar sus tesis cita varias doctrinas de la Corte sobre esta materia, como contenida en la sentencia de 10 de agosto de 1954 publicada en el Tomo 77 de la G. J. págs. 328 a 330.

c) Por fin, dice el demandante: "El artículo 8º del Decreto acusado, viola las reglas contenidas en el artículo 26 de nuestra Carta fundamental, si se tiene en cuenta que para los propietarios que no hicieren el acto avalúo previsto en el artículo 3º, carecen de objeto los procedimientos adoptados en las disposiciones que reglan las negociaciones voluntarias y en los mismos juicios de expropiación, porque entre las entidades de derecho público y los propietarios no es procedente ninguna discusión, si se tiene en cuenta que el Decreto Extraordinario manda de manera inexorable, que el precio de la venta o de la indemnización por expropiación no puede exceder del valor del avalúo catastral de dichos predios". (fs. 8 y 9).

II Concepto del Procurador. - El Procurador, en relación con la extralimitación de funciones del Ejecutivo al dictar algunas de las normas acusadas, una vez copiado el ya conocido numeral 5º del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, dice:

"Del texto transcrito se advierte claramente que entre las facultades extraordinarias y precisas que el legislador le dió al Presidente de la República, no se comprenden las de dictar normas como las que contienen los artículos 1º, 7º, y 8º del Decreto 2095 de 1963 acusados como inconstitucionales. Ciertamente, no quedó autorizado el Jefe del Ejecutivo para dictar normas sobre materias como la relacionada con la restricción cuantitativa del valor de los inmuebles rurales de propiedad privada, que adquieran las entidades de derecho público por negociación directa o por expropiación, ni como la referente a estimación pericial o judicial del precio de tales fundos rurales para efectos de su pago en caso de venta forzada por causa de utilidad pública o interés social, pues nada de ello puede entenderse comprendido —ni explícita ni implícitamente— en los objetivos que determinaron el otorgamiento de las facultades extraordinarias (buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social; proveer recursos para ejecutar el Plan de Desarrollo Económico y Social, y reducir los gastos de funcionamiento de los organismos oficiales), ni menos en el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 21 que, en desarrollo de esas metas queridas por el legislador, autorizó al Gobierno para fortalecer el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, adoptar normas encaminadas a lograr que a la mayor brevedad los avalúos catastrales se ajustaran al valor comercial de los bienes inmuebles, y elevar en un diez por ciento los catastros urbanos y rurales mientras eran reajustados comercialmente". (fs. 16 y 17).

Luego de sostener que la órbita del Ejecutivo, en el ejercicio de las facultades extraordinarias, para su eficacia, deben sujetarse a las materias determinadas en la ley, concluye:

"En opinión de la Procuraduría, los ordenamientos adoptados mediante los artículos 1º, en sus partes acusadas, 7º y 8º del Decreto-Ley 2895 de 1963 no tienen respaldo alguno en las facultades extraordinarias de que fue revestido el señor Presidente de la República por la Ley 21 del mismo año, y se refieren a materias distintas a aquéllas para las cuales se dieron por el Congreso dichas facultades. En consecuencia, estima que son inexequibles por violar el artículo 76 de la Constitución Nacional". (fs. 18).

No sucede lo propio, en concepto de la Procuraduría, en relación con el artículo 6º acusado, que estima está dentro de las facultades conferidas al Ejecutivo en la ley citada, para "establecer normas tendientes a lograr un sistema efectivo para que los avalúos de los bienes inmuebles se ajusten, a la mayor brevedad posible, al valor comercial de dichos bienes", finalidad que bien puede conseguirse a través de la estimación del mismo propietario, como sistema transitorio mientras se hace el avalúo técnico por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi; y respecto a su conveniencia o inconveniencia "no toca para nada con el aspecto constitucional"; y por esto considera inoperantes las críticas del actor.

Comparte la Procuraduría, en lo sustancial, los puntos de vista del actor en relación con

la violación del artículo 30 de la Constitución, y al efecto, recuerda la reiterada doctrina de la Corte sobre esta materia, en el siguiente aparte:

"Por lo menos en dos ocasiones, anteriores al Decreto 2895 de 1963, la ley pretendió limitar el valor de la indemnización por causa de expropiación a un monto fijo, constituído por el avalúo catastral; así lo hicieron el artículo 2º de la Ley 84 de 1920 y el Decreto Extraordinario 2460 bis de 1952 en su artículo 1º; y en ambos casos, la H. Corte Suprema declaró la inexequibilidad de tales normas, en fallos de noviembre 4 de 1927 (XXXIV, 113 y 114) y de agosto 10 de 1954 (LXXVII, 325 a 330). El punto está, en consecuencia, definitivamente decidido por quien tiene la guarda de la Constitución Nacional, y estima la Procuraduría inoficioso insistir sobre este tema".

"Estima que el inciso primero del artículo 7º no viola ninguna norma de la Constitución, ya que, tratándose de una negociación directa, no impone ninguna limitación a la libertad contractual del particular sino a las entidades de derecho público.

En cuanto concierne a la violación del artículo 26 de la Constitución, la Procuraduría transcribe una doctrina de la Corte, en la cual se lee:

"'... La expropiación de la propiedad privada es válida en cuanto no signifique una transgresión de la regla del debido procedimiento legal, que constituye una garantía sustantiva de la libertad civil, y ésta exige que la limitación impuesta por la ley a los derechos individuales sea razonable en vista del fin que forma su objeto'. (LXXVII, 329)". (fs. 24).

En definitiva opina el Procurador lo siguiente:

"1º—*Son inexequibles* el efecto b), en relación con el primer inciso, del artículo 1º; los incisos segundo y tercero (éste en cuanto pretenda señalar como precio máximo el catastral, en caso de expropiación) del artículo 7º, y el artículo 8º del Decreto-Ley 2895 de 1963;

"2º - *Son exequibles* el artículo 6º y el inciso 1º del artículo 7º del citado Decreto-Ley 2895 de 1963" (fs. 25).

III Antecedentes sobre la materia.- Con el objeto de decidir sobre la inexequibilidad de las normas acusadas, se hace necesario mencionar los siguientes antecedentes:

1º—La Ley 65 de 1939 adscribió al Ministerio de Hacienda, por intermedio de la Sección Nacional de Catastro, "la Dirección técnica y el control del catastro en toda la República", la cual "comprende la facultad de dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, los factores que deben tomarse en cuenta para el avalúo de las fincas", etc. (art. 3º).

Ordenó, asimismo, la conexión de las Oficinas de Registro con las organizaciones catastrales; y la creación en las capitales de los departamentos, intendencias y comisarías de oficinas de catastro costeadas por la respectiva sección, pero "bajo la dirección técnica del Ministerio de Hacienda o de un representante de éste".

2º—Mediante el Decreto número 1.301 de 8 de julio de 1940 (D.O. Nº 24415) se reglamentó la citada Ley 65 de 1939, que confió al Instituto Geográfico Militar y Catastral la organización de las oficinas seccionales de catastro, entre cuyos objetivos señaló el de "implantar normas técnicas para la formación de los catastros, procedimientos de renovación o rectificación de los mismos, sistemas de avalúos, *sistemas de reclamos de los contribuyentes*" etc. (Subraya la Corte).

En los 242 artículos del decreto, distribuídos en cuatro partes, las cuales se subdividen en capítulos, se llevó a efecto una minuciosa reglamentación sobre el objeto y características del catastro, las entidades catastrales, la distribución de sus funciones, *como también la reglamentación de los reclamos de los contribuyentes en la forma prevista en los artículos 128 y siguientes.*

3º—El 1º de diciembre de 1941, el Ministerio de Hacienda dictó la Resolución número 833 (D. O. Nº 25298 de 16 de julio de 1943), invocada en el artículo 1º del Decreto-ley acusado, "por la cual se fijan las normas del Catastro Preparatorio Nacional", entre las cuales merecen especial mención: convocación de los propietarios para el reconocimiento de los predios (art. 64); procedimiento cuando no comparece (art. 72); avalúo de los predios por sus propietarios (art. 83), cuyas consecuencias determina el artículo 84 en estos términos:

"Para efectos del avalúo dado por los interesados, el Presidente de la Comisión Catastral les recordará que en caso de expropiación y para la aceptación de fianza o garantía en asuntos en que intervenga la entidad pública, el avalúo del inmueble dado por él se considerará como con-

fesión de parte, con el correspondiente mérito probatorio".

4º—De acuerdo con el numeral 5º de la Ley 21 de 1963 sobre facultades extraordinarias, se autorizó al Presidente para fortalecer al Instituto Geográfico Agustín Codazzi; establecer normas para que los avalúos de los bienes inmuebles se ajusten "al valor comercial de dichos bienes" y, en fin, mientras el aludido Instituto "reajusta comercialmente los catastros urbanos y rurales, facúltase al Gobierno para elevar un 10% el valor de éstos".

5º—En ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas, el Presidente dictó el Decreto número 2895 de 1963, en el cual, además de las normas acusadas, se halla el artículo 3º, cuyo contenido, si bien no ha sido objetado por el autor como inconstitucional, se debe conocer por la lógica vinculación que tiene con aquellas y porque, además, significa la sustitución del antiguo sistema del avalúo de los inmuebles, hecho unilateralmente por la Administración, con el que ahora pueden y deben llevar a efecto los mismos propietarios para la liquidación y pago del impuesto de catastro.

Dice así el citado artículo:

"Todo propietario o poseedor de inmuebles rurales, cuya extensión en la fecha del presente Decreto sea superior a cien (100) hectáreas, o cuyo avalúo catastral vigente sea mayor de veinte mil pesos ($ 20.000.00), estará en la obligación de estimar cada dos (2) años el valor comercial de dichos inmuebles, en la forma y dentro de los términos que señalen los reglamentos que se expidan en desarrollo del presente Decreto.

"La primera declaración deberá referirse al valor del inmueble en 31 de diciembre de 1963, y para formularla tendrán plazo los interesados hasta el 29 de febrero de 1964".

IV Consideraciones de la Corte.—De acuerdo con la demanda, parcialmente prohijada en el concepto de la Procuraduría, las acusaciones tienen como fundamento, primero, la extralimitación de las facultades por el Presidente, o sea, la falta de competencia del Ejecutivo, y además, la violación de los artículos 30 y 26 de la Constitución por desconocimiento del derecho de propiedad y las formas propias de cada juicio, cuestiones que pasan a estudiarse separadamente.

1º—Se dice que el Presidente no estaba facultado, por el inciso quinto del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, para modificar la legislación vigente en cuanto atañe a los medios probatorios con el fin de establecer, dentro de los juicios de expropiación, la cuantía de la indemnización, la cual, según el actor, debía ser la fijada por los peritos sin tener en cuenta el avalúo catastral.

a) Desde luego, la interpretación de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente, en cuanto a su extensión y según el citado inciso quinto, no se puede hacer con un criterio puramente exegético, sino mediante un razonamiento que conduzca a conseguir el fin que se propuso el legislador al conferirlas, el cual consistía en que el avalúo catastral de los bienes inmuebles se ajuste "al valor comercial de dichos bienes", sin que en tal disposición se hubiera señalado el sistema o modo de hacer tal ajuste; de ahí que, estando el Presidente en libertad en cuanto a la escogencia del medio, válidamente podía acurrir al criterio del propietario del predio para la fijación de su valor; pero no solamente para el pago del impuesto respectivo, sino también como precio en caso de expropiación por causa de utilidad pública o interés social, con el objeto de que tal estimación fuera sincera o estuviera a tono con el verdadero valor comercial del inmueble, ya que si el avalúo del dueño solamente sirviera de base para la liquidación del impuesto, no puede remitirse a duda alguna que se apreciaría por debajo de su precio comercial, con evidente desconocimiento de la verdadera finalidad de la Ley 21 de 1963, que revistió al Presidente de facultades extraordinarias, precisamente, para que los precios señalados en el catastro "se ajusten, a la mayor brevedad posible, al valor comercial de dichos bienes".

b) Tampoco puede objetarse que el sistema de autorizar a los propietarios para fijar el precio de los inmuebles, no sea apto y adecuado para obtener que la estimación esté ajustada a la realidad comercial, porque nadie más capacitado que el mismo dueño para hacer tal apreciación, pues conoce la extensión, calidad, rentabilidad y demás circunstancias del inmueble; y así, pues, no sería ni justo ni equitativo que tal estimación sea aceptable o válida para la liquidación del impuesto, pero no para el pago de la correspondiente indemnización, en caso de expropiación, dejando en vigencia un doble criterio de acuerdo con las personales conveniencias de los interesados.

c) Debe ponerse de manifiesto que el numeral quinto del artículo 1º de la Ley 21 de

1963 no tiene la única finalidad de fortalecer el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, como lo entiende el actor, sino que, además, se facultó al Presidente para que, mientras lo puede hacer el dicho Instituto, proceda a "establecer normas tendientes a lograr un sistema efectivo para que los avalúos de los bienes inmuebles se ajusten, a la mayor brevedad posible, al valor comercial de dichos bienes"; por tanto, quedó facultado para escoger el sistema que estimare adecuado para que opere el ajuste buscado, como el de conferir a los propietarios la función de estimar el valor de sus propios bienes, pero no sólo para la liquidación del impuesto de catastro, sino también como precio máximo en caso de ser expropiado.

El Presidente de la República, quedó facultado por el citado numeral quinto del artículo 1º de la Ley 21 de 1963, para fijar o determinar los medios adecuados para conseguir la finalidad de que los avalúos catastrales se ajusten a la realidad comercial, como el de aceptar el concepto del propietario a modo de una confesión de parte, como ya lo había dicho el artículo 84 de la Resolución 831 de 1º de diciembre de 1941 (D. C. Nº 25298 de 16 de julio de 1943) a invocada en el primer inciso del artículo 1º del Decreto acusado.

En conclusión, el Presidente *sí* tenía competencia o facultad para modificar los medios probatorios para establecer, a través del avalúo catastral, el monto de la indemnización al propietario en caso de expropiación en los eventos previstos en la Constitución; sin embargo, resta establecer, por el aspecto sustancial, si el medio elegido viola los artículos 30 y 26 invocados por el actor.

2º—El demandante, para fundar la violación del artículo 30 de la Constitución, principia por invocar la siguiente doctrina de la Corte: "... es inexequible por violación de la Constitución la norma legal que imponga el avalúo catastral como necesario e invariable, como un valor preestablecido o equivalente de la indemnización a que, por garantía constitucional, tiene derecho el propietario cuando por motivos de utilidad pública el interés privado debe ceder al interés público o social (sentencia de 10 de agosto de 1954 G. J. Tomo LXXVII, pág. 328 a 330)".

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si la doctrina citada es exacta, resulta ahora inaplicable porque los motivos de hecho y de derecho son distintos, puesto que en el caso juzgado el 10 de agosto de 1954, el avalúo catastral había sido fijado, en forma unilateral por la administración, mientras que en él los artículos acusados se tiene como base para la indemnización la estimación hecha por el mismo propietario; de manera, pues, que si existe un avalúo *preestablecido*, no ha sido fijado por la administración sino por la voluntad del dueño en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 3º del mismo decreto.

En efecto, la norma declarada inexequible en el fallo citado, corresponde al Decreto legislativo número 2.460 bis de 1952, cuyo artículo 1º decía:

"El valor de las zonas a que se refiere el Decreto 1659 de 14 de agosto de 1951 será el del avalúo catastral en la fecha del citado decreto, sea que su adquisición por la Nación se haga por arreglo amigable, mediante expropiación, como compensación por valorización o como consecuencia del ejercicio, por parte de los interesados, de la acción consagrada por los artículos 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941, o de la ordinaria".

No cabe duda, pues, que resultaba injusto y violaba el artículo 30 de la Constitución imponerle al propietario un avalúo, no sólo preestablecido, sino fijado o estimado sin su intervención; pero no ocurre lo propio con las normas acusadas, porque la estimación la hace el mismo propietario de acuerdo con el artículo 3º; ahora, si no lo hace, *como sanción* a su negligencia, "se presume de derecho que acepta como tal, para los efectos de lo establecido en el artículo anterior, el avalúo catastral vigente en el momento en que se cumple la primera notificación" sobre la pretendida expropiación, como lo ordena el artículo 8º acusado.

La estimación del propietario debe hacerla cada dos años, pero se podrá modificar, mediante la intervención del Instituto Agustín Codazzi, en caso de que haya mejoras, para aumentar el avalúo; o al contrario, para disminuirlo si hubiese motivos de desvalorización o hubiese desmejorado, según dice el artículo 5º.

Por tanto, si en caso de expropiación la indemnización no es plena, como lo exige el artículo 30 de la Constitución, sería por un hecho u omisión imputable al mismo dueño, que no hizo una estimación de acuerdo con el valor comercial del inmueble o prescindió de hacerla para quedar dentro de la presunción de derecho que consagra el citado artículo 8º.

En síntesis, si la estimación del propietario sirve de base para la liquidación del impuesto, según el numeral a) del artículo 1º que no ha sido objeto de acusación por parte del actor, tam-

bién ocurre lo propio con el numeral b) del mismo artículo que ordena que "se tomará como monto de la indemnización que debe pagarse al propietario o poseedor de un fundo expropiado por causa de utilidad pública o interés social", pues donde hay la misma razón debe existir la misma norma de derecho, ya que si es justa y equitativa la estimación del propietario para la liquidación y pago del impuesto, también debe serlo para satisfacer la indemnización en caso de expropiación.

Por tanto, no se ha violado por las normas acusadas el artículo 30 de la Constitución.

Por último, se dice por el autor que los artículos acusados violan los principios contenidos en el 26 de la Constitución, por cuanto en los juicios de expropiación, dadas las reformas, no se llevarán a efecto "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; (sin embargo), tampoco existe el quebrantamiento del citado precepto, por estos motivos:

a) En primer término, el argumento incurre en petición de principio al suponer que la Constitución determina las formas propias de cada juicio, lo cual es del todo inexacto, pues tal función está encomendada, según los numerales 1º y 2º del artículo 76 de la Constitución, a la rama legislativa, que tiene la facultad de señalarlas, como también la de modificarlas o reformarlas cuando lo estime conveniente; por tanto, si antes el avalúo para fijar el monto de la indemnización en caso de expropiación de un predio, se hacía mediante la intervención de peritos, no existe óbice constitucional alguno para que, como medio probatorio, se ocurra a la propia estimación o confesión del propietario por mandato legal o bien por decreto-ley del Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias, en ambos casos para regular hechos posteriores a la vigencia de las dichos preceptos.

b) El constituyente, al dictar las normas fundamentales puede limitar y, en efecto, limita en muchos casos la función o competencia legislativa del Congreso, en dos formas: primera, mediante prohibiciones expresas como las previstas en los artículos 29, 34, 37, 70 y otros de la Constitución; y segundo, señalando el contenido o las formalidades previas que debe llenar la ley para su cabal eficacia, como sucede en los casos definidos, en los artículos 30, 31, 32, numeral 20 del artículo 76 y demás normas similares; sin embargo, no existe ninguna prohibición para que el legislador determine los medios probatorios para toda clase de procesos, como tampoco existe la orden de que, en tratándose de juicios de expropiación, la única prueba o medio probatorio aceptable sea el dictamen pericial emitido con las formalidades previstas en el C. de P. C. o en otras leyes, especiales, porque tales normas no pueden considerarse como cánones constitucionales sino como preceptos ordinarios que puede modificarse o reformarse, en cualquier tiempo, por el Congreso o por el Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias conforme al numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, como sucedió, precisamente, con la expedición del Decreto 2895 de 26 de noviembre de 1963 (D. O. 31251) y con los artículos que han sido objeto de la acusación.

c) En la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1964, al decidir sobre la exequibilidad de varios artículos de la Ley 135 de 1961, dijo la Corte:

"Siendo de la competencia del legislador ordenar lo relativo al derecho probatorio, es claro que podía reglamentar la prueba de peritos para lo general, como lo hizo del C. de P. C. o para un trámite especial, como lo hizo en el parágrafo del artículo 24 antes citado".

En conclusión, tampoco se ha violado el artículo 26 de la Constitución que ni directa ni indirectamente le señala pauta al Congreso para determinar el medio probatorio adecuado para fijar el monto de la indemnización en caso de expropiación por utilidad pública o interés social.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución, declara que son exequibles las normas acusadas, es a saber: el primer inciso del artículo 1º; el aparte b) del mismo artículo; los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto-Ley número 2895 de 26 de noviembre de 1963.

Notifíquese, cópiese y comuníquese a quien corresponda,

Luis Fernando Paredes A., Ramiro Araújo Grau, Aldan Arriaga Andrade, Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Crótatas Londoño, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Ossio Peña, Arturo C. Posada, Carlos Peláez Trujillo, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRAVENCIONES Y DELITOS DE MINIMA CUANTIA.

LA CORTE DECLARA LA EXEQUIBILIDAD DE LOS ORDINALES b) Y c) DEL ARTICULO 63 DEL DECRETO-LEY 1358 DE 1964.

1.- Competencia del Legislador para fijar la jurisdicción del Poder de Policía. 2.- Limitación de las facultades extraordinarias establecidas por la Ley 27 de 1963. 3.- Los hechos delictuosos que perturban las condiciones de vida de una sociedad organizada son de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Poder Público.

1.—La atribución del Congreso para fijar por medio de la ley la competencia de las entidades y funcionarios que ejercen la jurisdicción, asignando en materia penal el conocimiento de los delitos y de otras infracciones penales a aquellas entidades o funcionarios, debe aplicarse con la amplitud bastante para que el legislador pueda fijar dicha competencia atendiendo a las necesidades que imponen la administración de justicia ordinaria y la especial que se cumple, en determinados casos y circunstancias, por autoridades de policía en la rama administrativa del poder público.

Pero tal atribución, que de un modo general compete al legislador, reconoce como límite indispensable el que resulta del respeto a los ordenamientos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales de la persona humana, como la libertad, la vida y la propiedad; pues el juzgamiento en estas materias ha de hacerse acatando el mandato constitucional que exige la tutela de esos derechos, primordialmente por la rama del poder que tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción. El poder legislativo carece de competencia para, a pretexto de establecer regulaciones de policía, invadir arbitrariamente y sin justificación por la índole de aquellas regulaciones, los derechos personales, la libertad de los ciudadanos, sus actividades lícitas, el derecho de propiedad.

Es indudable, y así lo anota el colaborador de la Corte, que la competencia la determina la ley, como sucede en el caso presente en que se adscribió a las autoridades de policía el conocimiento de las contravenciones y de ilícitos de pequeña gravedad que no atentan de manera fundamental contra las condiciones de existencia de la sociedad como estado de derecho y que aunque se señalan como delitos en las normas acusadas, no dejan de tener el carácter de infracciones menores que el legislador en diversas oportunidades ha confiado a la policía para su juzgamiento y sanción; tanto más cuando que el propio código de procedimiento penal en el capítulo II título V del libro II prescribe el procedimiento a seguir "cuando el juez municipal o la autoridad de policía en su caso inicie la investigación de un asunto que le corresponde faltar...". Procedimiento expreso para definir la responsabilidad de estos ilícitos que las disposiciones acusadas implícitamente asimilan a contravenciones al atribuir su conocimiento a la policía, dada el mínimo daño público y privado que ocasionan, determinación en el artículo 682 del citado código que "la segunda instancia de estos juicios se ventilará en la forma ordinaria, pero reduciéndose los términos a la mitad". Es decir, la ley no solamente fija la competencia sino que indica el procedimiento que se debe seguir, todo dentro de los límites precisos señalados por la respectiva disposición.

2.—Por el poder de atribución de competencias que tiene el legislador derivado implícitamente de la misma constitución, le fue atribuido a los jueces municipales el conocimiento en primera instancia de las conductas antisociales a que se refiere el Decreto 1688 de 1964, cuando tales conductas constituyen de modo general, contravenciones cuya represión le corresponderia a la policía según el mandato del artículo 2º del código penal. El Ejecutivo en uso de la facultad que le confirió la ley 27 de 1963 consideró necesario cambiar la competencia para la sanción de estas contravenciones.

Por lo demás, si las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, como lo consigna el artículo 16 de la Carta; si el determinar la competencia es atribución del legislador, sal-

vo los casos en que la constitución lo determina y si es necesario que las infracciones penales de mínima gravedad sean sancionadas con prontitud y eficacia, no se violan los preceptos invocados por el actor, cuando precisamente, en desarrollo de la competencia, la ley confiere a las autoridades de policía, dentro de los límites precisos y adecuados procedimientos que tutelan la defensa de los imputados, la facultad para reprimir esas infracciones como las a que se contraen las especificadas en los numerales b) y c) del artículo 65 del Decreto-Ley objeto de la acusación.

3.—En cuanto se refiere al cargo de violación indirecta del artículo 76 de la Constitución en su numeral 12, es doctrina de la Corte que para la viabilidad de las autorizaciones a que alude el anotado precepto "el Congreso debe concretar y delimitar el objeto o la materia de las facultades extraordinarias...".

La ley 27 de 1963 que invistió al Presidente de la República de facultades de esa naturaleza, determinó claramente el campo dentro del cual podía actuar el jefe del ejecutivo, en orden a reorganizar la rama jurisdiccional del poder público y el ministerio público en desarrollo de los poderes que le fueron conferidos, entre ellos el de atribuir plena competencia a los jueces municipales en materia civil, penal y laboral, modificar las disposiciones sobre vigilancia judicial y sobre sanciones disciplinarias, crear la policía judicial, reorganizar el servicio de medicina legal y demás servicios auxiliares de la rama jurisdiccional. La ley 27 en cita "delimitó el objeto y materia de las facultades extraordinarias" sin que la precisión que exige el demandante pueda llegar hasta el extremo de concretar en casos singulares todo lo que se desprende, por lógica consecuencia, de la materia misma a que se contrae la facultad concedida por la norma legal.

4.—Los hechos delictuosos que perturban las condiciones de vida de una sociedad organizada en derecho, por su esencial gravedad son de competencia exclusiva para su juzgamiento y sanción de los órganos jurisdiccionales del poder público, en obedecimiento de las pertinentes normas constitucionales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, nueve de septiembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, demanda por inconstitucionalidad los ordinales b) y c) del artículo 65 del Decreto-Ley número 1358 de 1964 que a la letra dice:

Artículo 65.-No obstante lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 528 de 1964, la Policía conocerá en primera y segunda instancia:

"a) De las contravenciones;

"b) De los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto o prisión, cuando la cuantía no exceda de trescientos pesos ($ 300.00);

"c) De los delitos de lesiones personales cuando la incapacidad no exceda de quince días y no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico".

Como antecedentes señala los siguientes:

"A) La administración de justicia, expresión material u objetiva de la jurisdicción, está encomendada por ministerio de la Carta (Artículo 55) y de la ley (Código Judicial y Código de Procedimiento Penal), a las entidades (Tribunales y Juzgados) que allí se enuncian, como integrantes de la llamada 'jurisdicción ordinaria', cuyo ejercicio es permanente y corresponde al universal principio de la igualdad de las personas ante la ley.

"B) Por expresa voluntad de la misma Constitución se otorgaron específicas atribuciones jurisdiccionales al Senado de la República; se autorizó la jurisdicción del trabajo y la creación de tribunales de comercio (Artículo 164); se permitió 'instituir jurados por causas criminales' (artículo 164), y se estableció la jurisdicción castrense (artículo 170). Pero, en parte alguna la Carta da licencia al legislador para que las autoridades administrativas compartan el poder jurisdiccional con quienes sí son legítimos funcionarios de la administración de justicia.

"C) En materia criminal, tomada ésta en un sentido muy lato se distinguen las conductas típicamente delictuosas, catalogadas en los códigos penales, y las simples contravenciones, cuya represión es a título esencialmente preventivo y que, por no encarnar delitos, en el sentido propio, tradicionalmente se han dejado por la ley a conocimiento de la Policía, pero no en forma absoluta, según lo dispuesto por el artículo 2º del C. P.

"D) Parece ser que por simples razones de orden práctico, el derecho positivo colombiano desplazó, de tiempo atrás, el juzgamiento y represión de las contravenciones a la Policía, y posteriormente,

el juzgamiento y represión de algunos delitos de mínima gravedad, lo que se ha venido tolerando, no obstante entrañar la violación de precisas disposiciones de la Constitución Nacional.

"E) La reforma judicial, en un principio, ciñéndose, tanto a la Constitución como a la ley de autorizaciones (27 de 1963), correctamente dispuso en el artículo 1º del Decreto Ley número 528 de 1964, lo que a continuación se transcribe:

"Artículo 1º. Los jueces municipales en lo penal conocen en primera instancia de los procesos por delitos cuya competencia no está atribuída a otra autoridad...'.

"A pesar de este buen propósito, en Decreto posterior y, concretamente en la disposición demandada, el Gobierno volvió a asignar a la Policía el juzgamiento de delitos, y en cambio, con manifiesta ausencia de técnica y de lógica, entregó a los jueces ordinarios el conocimiento de los procesos por conductas antisociales, que no son delitos sino contravenciones".

El actor estima como violados directamente por los nombrados ordinales del Decreto Ley Nº 1358 de 1964 los siguientes textos de la Constitución Nacional: el artículo 26, cuyo fundamento lo explica así:

"Si la administración de justicia está encomendada a la rama jurisdiccional del Poder Público y se ejerce por los Tribunales y jueces que la Constitución expresamente determina o autoriza, el juzgamiento ante la Policía, por delitos, supone que no se cumple 'ante Tribunal competente', pues si la 'competencia' corresponde fijarla a la ley, la regla legal tiene que acomodarse a los preceptos superiores de la Carta, que organizan la rama jurisdiccional.

"Los funcionarios dependientes, de una u otra manera, de la rama ejecutiva del Gobierno (rama ejecutiva) no hacen parte de la administración de justicia y no tienen, por tanto, poder legítimo de juzgamiento criminal".

El artículo 61 en cuanto el Decreto citado fue expedido en desarrollo de facultades extraordinarias para tiempo de paz. "Y tampoco en estado de sitio, como lo ha dicho la Corte, tiene aplicación indiscriminada el artículo 61 de la Constitución".

Para respaldar este pensamiento, el demandante transcribe algunos apartes de la sentencia proferida por la Corte, en que se declararon inexequibles algunas de las disposiciones del Decreto Legislativo Nº 12 de 1959; (pero leyendo el mencionado estatuto se ve claramente que él no contempló el caso de delitos de lesiones personales cuya incapacidad o enfermedad para trabajar no pase de quince días; ilícitos a que se contrae la letra c) del referido artículo 75 del Decreto 1358 de 1964, objeto del pedimento de inconstitucionalidad).

Estima el acusador quebrantados los artículos 55 y 58 en cuanto ellos establecen la separación de las ramas del poder público y determinan el ejercicio de la jurisdicción; lo mismo que el 76 como violado indirectamente por cuanto la Ley 27 de 1963 por la cual se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del precitado artículo de la Carta, en su letra a) no contempló en ninguna de sus disposiciones, facultad para atribuir a la policía competencia en causas criminales "lo que enseña que el Gobierno rebasó las precisas facultades que el legislador, en mala hora, tuvo a bien concederle...".

Como conclusión el señor doctor Rendón Gaviria considera que son inconstitucionales los apartes b) y c) del artículo 63 del Decreto Ley Nº 1358 de 1964, y por lo tanto, pide a la Corte que así lo declare.

Corrido el traslado del caso a la Procuraduría General de la Nación, ese despacho se opone a las pretensiones de la demanda; afirma "que tradicionalmente el legislador colombiano ha otorgado a las autoridades de policía, la facultad de conocer de las contravenciones y de los delitos contra la propiedad y la integridad personal de menor gravedad" y enumera las diversas disposiciones legales proferidas en distintas épocas sobre estas cuestiones.

La Corte considera:

— I —

COMPETENCIA DEL LEGISLADOR PARA FIJAR LA JURISDICCION DEL PODER DE POLICIA.

Antes de examinar los textos y los principios constitucionales que fundamentan en Colombia la atribución del legislador para estatuir acerca del poder de policía en el campo del juzgamiento por infracciones penales especiales, en razón de la entidad mínima de aquéllas, o por su cuantía, es necesario ilustrar la materia en el ámbito del derecho constitucional patrio, y en el internacional, ligado a él como fuente u origen, buscando

hallar la filosofía jurídico-constitucional de la competencia otorgada por el poder constituyente al legislativo en la materia de que se trata.

Bien sabido es que nuestra Carta fundamental, como la de los países latinoamericanos, se inspira en cuanto al derecho público, en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, de la cual fue tomada por sus redactores. El derecho público colombiano se vincula a la legislación básica de ese país, así como el derecho privado se asienta principalmente en la legislación francesa. Por esa razón la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos y de la Corte Federal sirven para mejor entender la aplicación y los desarrollos de nuestro Estatuto a través de las leyes.

"De acuerdo con la aprobación o el rechazo de las leyes, las cortes clasificaron la mayor parte de las regulaciones estatales como ejercicios legítimos del poder de policía *o como leyes nulas de acuerdo con la Constitución*, generalmente a causa de la violación de la cláusula sobre comercio o la del debido proceso legal. El requisito de que estuvieran encuadradas dentro de la categoría del poder de policía creado judicialmente, colocó a los estados virtualmente en posición de ejercer los poderes delegados por la Constitución antes de todos los poderes que la Constitución no confería al Gobierno federal ni prohibía a los estados. La Suprema Corte se transformó, en todo sentido, en el árbitro de las facultades estatales". ("El Desarrollo Constitucional de los Estados Unidos" de Carl Brent Swisher, tº II, pág. 718).

"La regla del 'debido procedimiento legal, ha servido a los jueces para mantener dentro de ciertos límites el ejercicio del poder de policía, y evitar, así, que so pretexto de ejercerlo, los órganos políticos del Estado avasallen los derechos individuales consagrados por la Constitución. Ha dicho la Corte que el 'poder de policía' '... es el poder de crear reglamentos con el fin de asegurar al pueblo la salud, la paz, la moral, la educación y el orden público, y el poder de sancionar leyes con el objeto directo de aumentar la industria en el Estado y de desarrollar sus recursos para acrecentar su riqueza y su prosperidad'...

"Por su mismo objeto, como ocurre con la regla del 'debido procedimiento legal', el contenido y alcance del poder de policía no tiene límites determinados, y los tribunales han mantenido esa imprecisión. La medida de su ejercicio, y hasta dónde puede llegar en la limitación de los derechos individuales, es algo que evoluciona con los tiempos y lugares, *pero tiene un límite en la regla del 'debido procedimiento legal'*. Una ley sancionada en ejercicio del 'poder de policía' es válido en cuanto no transgreda la 'regla del debido procedimiento legal', *que constituye una garantía sustantiva de la libertad civil*, y ésta exige que la limitación puesta por aquélla al ejercicio de los derechos individuales sea razonable en vista del fin que forma su objeto. 'No puede afirmarse —ha dicho la Suprema Corte— que toda ley aprobada con el fin de proteger la moral, la salud y la seguridad públicas ha de considerarse necesariamente sancionada en ejercicio legítimo del poder de policía del Estado... Si una ley aprobada con el fin de proteger la moral, la salud y la seguridad públicas no tiene ninguna relación real y sustancial con ese objeto, *o si constituye una violación cierta de los derechos garantizados por la ley fundamental, la Corte debe declararla ineficaz, y aplicar la Constitución*'". ("Control jurisdiccional de constitucionalidad". Alejandro E. Ghigliani, págs. 30 a 52).

"Pero hay un límite. Para emplear ejemplos que nos sean familiares: nadie sostendrá que el poder legislativo puede tomar la propiedad de A. y dársela graciosamente a B., o promulgar una ley según la cual ningún hombre de talla inferior a seis pies pueda vender comestibles. Se dirá que no son necesarias disposiciones constitucionales para proteger contra tales extravagancias. Pero es el caso que los forjadores de la Constitución no quisieron dejar al azar las precauciones contra la omnipotencia legislativa y, aunque no había fundamento para esperar medidas tan extremas como las que nos han servido de ejemplo, sí tuvieron sus razones para abrigar cierto temor de que hubiese abusos caprichosos o arbitrarios igualmente indefendibles. Y de este modo sigue siendo deber ineludible de la Suprema Corte contrastar las leyes con esa piedra de toque". "(La Corte Suprema de Estados Unidos". Charles Evans Hughs, pág. 180).

"1822. . . . En cuanto una regulación legislativa no infringe los derechos inherentes a la vida, la libertad y la propiedad, sea directamente o mediante limitaciones respecto de los medios de vida o de un derecho material esencial para el goce de la vida, la determinación legislativa, en cuanto a la necesidad de la regulación de policía o al método de emplearse, es definitiva para los tribunales (2246). En otros términos, en tanto que el poder de policía no es ejercido arbitraria o irrazonablemente, *y no es violatoria de ninguna disposición constitucional, los tribunales no pueden interferir* (2247).

"1823. - Ha establecido la jurisprudencia norteamericana, además, que la determinación legislativa es definitiva para los tribunales únicamente dentro de los límites constitucionales; *lo que permite abrir a la investigación judicial todas las cuestiones relativas a la incidencia efectiva de las medidas de policía sobre los derechos constitucionales* (2248). Los fundamentos de esta regla son patentes. Desde que la rama judicial del gobierno verifica la validez de toda la legislación con referencia a la Constitución federal y las constituciones estaduales (2249) y desde que el poder de policía está subordinado a la ley suprema (2250), *la amplia órbita de dicho poder no abarca toda regulación vinculada con la competencia legislativa, debido al poder de los tribunales para determinar si la acción legislativa entra en conflicto con la ley suprema o es arbitraria o irrazonable y por consiguiente inválida* (2251). Por consiguiente, la determinación legislativa de lo que es ejercicio ordenado del poder de policía, no es final y definitiva, sino que está sujeta a la supervisión de los tribunales (2252)".

"... El ejercicio del poder de policía debe tener una base sustancial y no puede ser convertido en un mero pretexto para legislar aquello que no está comprendido en su esfera (2285). *El poder legislativo carece de competencia para, so color de regulaciones de policía, invadir arbitrariamente los derechos personales y la libertad de los ciudadanos (2286), interferir en los negocios privados o imponer restricciones inusitadas e innecesarias sobre las actividades lícitas, o invadir el derecho de propiedad* (2287).

"1836. - ... Ha sido frecuentemente establecido que para sostener la constitucionalidad de la legislación sancionada so color del ejercicio del poder de policía, los tribunales deben comprobar que la aplicación de la misma tiende en alguna medida a evitar un daño o un mal o a preservar la salud, moral, seguridad y bienestar públicos (2311), y que si una ley no evidencia tal propósito, carece de relación verdadera o sustancial con dichos objetos, o *importa una palpable invasión de derechos asegurados por la Ley Fundamental, es deber —de los tribunales no aplicarla— y reconocer efectos a la Constitución* (2312)". "Tratado de ciencia del derecho constitucional". Segundo V. Linares Quintana, t° 3°, pág. 354 y ss).

En Colombia constitucionalistas de autoridad no discutida se han pronunciado en idéntico sentido.

"180. - Se distingue, sin embargo, en la regulación de la libertad el *régimen de derecho* y el *régimen de policía:* En principio, *el régimen debe ser de derecho;* pero excepcionalmente, puede ser *de policía*...

"Principalmente se aplica este régimen de policía o preventivo, cuando se trata de cuestiones relativas a la *higiene*, a la *salubridad*, o a la seguridad y tranquilidad generales en los lugares públicos, especialmente. En este particular dan las legislaciones modernas muy extensas facultades administrativas para prevenir males sociales. Las demás libertades, salvo muy raras excepciones, están casi exclusivamente sometidas a un régimen de derecho.

"La creación del régimen de policía en provecho de la sociedad es legítimo, siempre que sea preciso, claro, definido, y que sus prescripciones sean tales que nada se deje al capricho de las autoridades encargadas de aplicarlo. En esta materia como en las penales, nada ha de ser arbitrario ni quedar sujeto a la simple voluntad de los funcionarios de policía, que no deben tener acción alguna a este respecto, sino por disposición expresa y precisa de la ley". ("Derecho Constitucional". José Vicente Concha pág. 290 y 294).

Las precedentes transcripciones de doctrina jurisdiccional y de los autores puntualizan muy claramente los contornos del poder de policía y relievan el respeto que ha de darse siempre que sobre él se legisla a los ordenamientos constitucionales que el ejercicio de ese poder administrativo pudiera quebrantar.

La atribución del Congreso para fijar por medio de la ley la competencia de las entidades y funcionarios que ejercen la *jurisdicción*, asignando en materia penal el conocimiento de los delitos y de otras infracciones penales a aquellas entidades o funcionarios, debe aplicarse con la amplitud bastante para que el legislador pueda fijar dicha competencia atendiendo a las necesidades que imponen la administración de justicia ordinaria y la especial que se cumple, en determinados casos y circunstancias, por autoridades de policía en la rama administrativa del poder público.

Pero tal atribución, que de un modo general compete al legislador, reconoce como límite indispensable el que resulta del respeto a los ordenamientos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales de la persona humana, como la libertad, la vida y la propiedad; pues el juzgamiento en estas materias ha de hacerse acatando el mandato constitucional que exige la tutela de esos derechos, primordialmente por la rama del poder que tiene a su cargo el ejercicio de

la jurisdicción. El poder legislativo carece de competencia para, a pretexto de establecer regulaciones de policía, invadir arbitrariamente y sin justificación por la índole de aquellas regulaciones, los derechos personales, la libertad de los ciudadanos, sus actividades lícitas, el derecho de propiedad.

Es indudable, y así lo anota el colaborador de la Corte, que la competencia la determina la ley, como sucede en el caso presente en que adscribió a las autoridades de policía el conocimiento de las contravenciones y de ilícitos de pequeña gravedad que no afectan de manera fundamental contra las condiciones de existencia de la sociedad como estado de derecho y que aunque se señalan como delitos en las normas acusadas, no dejan de tener el carácter de infracciones menores que el legislador en diversas oportunidades ha confiado a la policía para su juzgamiento y sanción; tanto más cuanto que el propio código de procedimiento penal en el capítulo III, Título V del Libro III prescribe el procedimiento a seguir "cuando el juez municipal o la autoridad de policía en su caso inicie la investigación de un asunto que le corresponde fallar..." Procedimiento expreso para definir la responsabilidad de estos ilícitos que las disposiciones acusadas implícitamente asimilan a contravenciones al atribuir su conocimiento a la policía, dado el mínimo daño público y privado que ocasionan, determinando en el artículo 632 del citado código que "la segunda instancia de estos juicios se ventilará en la forma ordinaria, pero reduciéndose los términos a la mitad". Es decir, la ley no solamente fija la competencia sino que indica el procedimiento que se debe seguir, todo dentro de los límites precisos señalados por la respectiva disposición.

Por el poder de atribución de competencias que tiene el legislador derivado implícitamente de la misma Constitución, le fue atribuido a los jueces municipales el conocimiento en primera instancia de las conductas antisociales a que se refiere el Decreto 1699 de 1964, cuando tales conductas constituyen de modo general, contravenciones cuya represión le correspondería a la policía según el mandato del artículo 2º del Código Penal. El Ejecutivo en uso de la facultad que le confirió la Ley 27 de 1963 consideró necesario cambiar la competencia para la sanción de estas contravenciones.

Por lo demás, si las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, como lo consigna el artículo 16 de la Carta; si el determinar la competencia es atribución del legislador, salvo los casos en que la Constitución la determina y si es necesario que las infracciones penales de mínima gravedad sean sancionadas con prontitud y eficacia, no se violan los preceptos invocados por el actor, cuando precisamente, en desarrollo de la competencia, la ley confiere a las autoridades de policía, dentro de los límites precisos y adecuados procedimientos que tutelan la defensa de los imputados, la facultad para reprimir esas infracciones como las a que se contraen las especificadas en los numerales b) y c) del artículo 65 del Decreto-Ley objeto de la acusación.

— II —

LOS ARTICULOS 55, 58 Y 76 NUMERAL 12 DE LA CARTA

En cuanto se refiere al cargo de violación indirecta del artículo 76 de la Constitución en su numeral 12, es doctrina de la Corte que para la viabilidad de las autorizaciones a que alude el anotado precepto "el Congreso debe concretar y delimitar el objeto o la materia de las facultades extraordinarias..." La Ley 27 de 1963 que invistió al Presidente de la República de facultades de esa naturaleza, determinó claramente el campo dentro del cual podía actuar el jefe del ejecutivo, en orden a reorganizar la rama jurisdiccional del poder público y el ministerio público en desarrollo de los poderes que le fueron conferidos, entre ellos el de atribuir plena competencia a los jueces municipales en materia civil, penal y laboral, modificar las disposiciones sobre vigilancia judicial y sobre sanciones disciplinarias, crear la policía judicial, reorganizar el servicio de medicina legal y demás servicios auxiliares de la rama jurisdiccional. La Ley 27 en cita "delimitó el objeto y materia de las facultades extraordinarias" sin que la precisión que exige el demandante pueda llegar hasta el extremo de concretar en casos singulares todo lo que se desprende, por lógica consecuencia, de la materia misma a que se contrae la facultad concedida por la norma legal.

Por otra parte, no se alcanza a precisar la violación del artículo 61 de la Carta a que hace referencia el demandante, porque, como se ha visto, las normas acusadas se refieren al desarrollo de la competencia, como consecuencia legal para el juzgamiento por las autoridades de policía de ilícitos de mínima gravedad.

Y se considera que las infracciones a que se refieren los ordinales b) y c) objeto de la acusación, bien pueden estimarse como infracciones de menor gravedad dada su naturaleza, la cuantía y la incapacidad señalados en esos ordinales, por lo ínfimo de la lesión irrogada al interés jurídico que en tales casos se tutela, no se alcanza a ver como fueron violados los artículos 55 y 58 de la Carta, porque, vuelve a insistirse, la menor gravedad de tales hechos, su constante ocurrencia no constituyen propiamente la figura típica de delito que según el doctrinante Ferri: "consiste en la acción determinada por móviles individuales antisociales que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo en un momento determinado". De acuerdo con este principio un profesor colombiano de derecho penal, ha expuesto en sus conferencias universitarias que: "Cuando a juicio del legislador un hecho es grave porque lesiona o pone en peligro intereses sociales importantes y debe, por lo mismo, sancionarse en forma severa, lo configura como delictuoso; cuando, en cambio, considera que los intereses que puede lesionar o poner en peligro son menos importantes y que bastan para su punición sanciones de menor gravedad, lo erige en contravención". Y esos hechos delictuosos que perturban las condiciones de vida de una sociedad organizada en derecho, por su esencial gravedad son de competencia exclusiva para su juzgamiento y sanción de los órganos jurisdiccionales del poder público, en obedecimiento de las pertinentes normas constitucionales.

DECISION:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la jurisdicción constitucional que consagra el artículo 214 de la Carta, y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara que son exequibles los ordinales b) y c) del artículo 65 del Decreto-Ley número 1358 de 1964.

Comuníquese al señor Ministro de Justicia.

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

Luis Fernando Paredes, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Extractos de jurisprudencia en materia civil a cargo del Dr. CARLOS MANUEL GUTIERREZ E., Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

DEUDAS HEREDITARIAS

Su pago debe hacerse a prorrata de las cuotas de cada heredero.- La rentabilidad de un inmueble está comprendida dentro del avalúo que a éste se le dió en el juicio, y al respecto no cabe distinción alguna en la partición cuando se trata de saber si la equidad impera en ella.- El partidor no puede, so pretexto de buscar la equidad, cambiar los avalúos dados a los bienes en el juicio.

1.—De conformidad con las disposiciones de los artículos 1411 y 1397 del C. Civil, el pago de las deudas hereditarias se ordenará en la partición entre todos los herederos a prorrata de sus cuotas; y solamente si alguno de los herederos quisiere tomar a su cargo mayor cuota de deudas que la que le corresponde a prorrata, y los otros herederos lo aceptan, se atenderá al deseo manifestado por aquél. Es decir, que la proporcionalidad en el pago de las deudas hereditarias a prorrata de las cuotas de cada heredero, rige la partición, y el partidor está obligado a subordinar su trabajo a esos ordenamientos. Tan solo la voluntad expresa de los herederos puede modificar dicho régimen legal de la partición.

El partidor, sin convenio unánime de los interesados, no puede cargar a un solo heredero o a algunos de ellos con la obligación de pagar las deudas hereditarias, porque por su propia autoridad no tiene poder para romper la igualdad con que debe tratar a los partícipes.

2.—No hay lugar a distinguir, cuando se trata de establecer si la equidad ha regido en la adjudicación de bienes de una partición, entre el valor de los mismos, según el avalúo hecho en el juicio, y la renta que ellos produzcan. En el avalúo se consideran todos los factores que determinan el valor de aquéllos, los cuales comprenden su rentabilidad. El avalúo exige el conocimiento y examen por los peritos de los elementos que dan valor a los bienes. Respecto de los inmuebles, la ciudad donde están ubicados, su localización en ella, la cabida y forma del lote, el área construida, los materiales utilizados, el estado de la construcción, etc. y la rentabilidad del bien. En las acciones de una sociedad anónima y en el interés social de una limitada, el avaluador tiene en cuenta los elementos que determinan el valor, como la importancia y solvencia de las sociedades, su productividad actual y futura, etc.

3.—El artículo 1394 del Código Civil consagra normas para el partidor, que éste debe cumplir, pero que le dejan una natural libertad de apreciación de los diversos factores que han de tenerse en cuenta al realizar un trabajo de ese género. La ley no le impone al partidor la obligación de formar lotes absolutamente iguales entre todos los herederos. La jurisprudencia sobre esta materia es bien clara en el sentido de que el ordenamiento del artículo 1394 citado deja al partidor aquella libertad de estimación, procurando que se guarde la posible igualdad y la semejanza en los lotes adjudicados, pero respetando siempre la equivalencia, que resulta de aplicar al trabajo de partición, para formar las varias porciones, el avalúo de los bienes hechos en el juicio. El partidor no puede, a pretexto de buscar la equidad, cambiar los avalúos, y estimar que unos bienes, muebles o inmuebles, valen menos o más de lo que el avalúo reza respecto de ellos.

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el juicio de sucesión de la señora Susana Robledo de Hoyos, propuesto ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Manizales, el partidor elaboró el trabajo de distribución de los bienes el 12 de agosto de 1963. La diligencia de inventario y avalúo de aquéllos había sido aprobada el 20 de noviembre de 1962.

La partición comprende ocho hijuelas así: Hijuela Nº 1, para la heredera Rita Hoyos de Duque; Hijuela Nº 2, para Matilde Hoyos de Hernández; Hijuela Nº 3, para Jorge Hoyos Robledo; Hijuela Nº 4, para Jaime Hoyos Robledo; Hijuela Nº. 5, para Germán Hoyos Robledo; Hijuela Nº 6, para Luis Eduardo Hoyos Robledo; Hijuela Nº. 7, para Daniel Hoyos Robledo e Hijuela Nº. 8, para Iván Hoyos Robledo.

El apoderado de los herederos Daniel, Jaime, Luis Eduardo, Jorge, Germán e Iván Hoyos Robledo, presentó las siguientes objeciones al trabajo de partición:

"1º.—El partidor distribuyó y adjudicó los más valiosos bienes inmuebles de la sucesión inequitativamente. No tuvo en cuenta la rentabilidad ni la calidad de ellos. Adjudicó en proindiviso a los herederos Jorge, Daniel, Luis Eduardo, Iván y Germán Hoyos Robledo el edificio de dos plantas que figura en los inventarios ubicado en la ciudad de Manizales en la carrera 20 con calle 20, y que sólo tiene una rentabilidad de $ 1.128.oo mensuales; y al heredero Jaime Hoyos Robledo, ¾ partes de una casa situada en la Avenida Santander de Manizales, en mal estado de conservación y que no produce actualmente renta alguna. En cambio, a las herederas Rita Hoyos de Duque y Matilde Hoyos de Hernández se les adjudicó lo mejor de dichos bienes, o sean, las tres casas ubicadas en Bogotá, a saber: la situada en el barrio "La Soledad", a la heredera Rita, la situada en el barrio "La Carolina" a la heredera Matilde, y la situada en el barrio "Santa Ana" en proindiviso a ambas, con una rentabilidad total de $ 3.800.oo, e individualmente así: "La Soledad" con rentabilidad mensual de $ 1.600.oo; La Carolina con producido mensual de $ 1.000.oo y Santa Ana con rentabilidad de $ 1.200.00. De la renta producida por los inmuebles citados y de acuerdo con la proporcionalidad de los derechos en la sucesión y con la adjudicación del pasivo, la equidad indica que la distribución y adjudicación de bienes debe hacerse teniendo en cuenta la siguiente proporción: a la heredera Rita el 21,875%, y no el 44,6428% que le adjudicaron; a la heredera Matilde el 21,875 % y no el 32,9675 que se le adjudicó. En síntesis, el partidor adjudicó con una desproporción innegable los principales bienes inmuebles así: en un 77,1103% a las herederas Rita y Matilde Hoyos, cuando en conjunto y de acuerdo con el contrato de transacción que obra en el juicio, les corresponde en justa proporción el 43,750 % en el activo y el pasivo; y a los restantes herederos el 22, 8897%, correspondiéndoles el 46,875% en conjunto, lo que equivale a afirmar que el partidor invirtió la proporcionalidad en la distribución y adjudicación de dichos bienes con detrimento del principio de equidad que debe regir en la partición de bienes comunes.

"2º—Los derechos de acción en URBANIZACION SAN JORGE fueron distribuidos y adjudicados así: A la heredera Rita Hoyos de Duque $ 13.057,40, con una equivalencia al 11,3741% (respecto a $ 114.800.oo, valor del derecho de acción de la causante en la sociedad Urbanización San Jorge Ltda.); a la señora Matilde Hoyos de Hernández $ 7.400.oo, equivalente al 6,4460%. A las herederas mencionadas se les adjudicó el 17,8201%, cuando les correspondía conjuntamente el 43,750%, o sea el 21,875% a cada una, en relación con su interés jurídico en la herencia, es decir, con la cuarta parte de los bienes que se les reconoció en el contrato de transacción. En cambio, el partidor hizo adjudicaciones desproporcionadas a los herederos Jorge, $ 17.000.00, Germán $ 22.187,50, Luis Eduardo $ 20.877,35, Daniel $ 15.000.oo e Iván $ 13.187,50, a quienes, correspondiéndoles el 9,375 individualmente, o sea el 46,875 en total, se les adjudicó el 74,2616%. Lo cual equivale a una injusta inversión de la proporcionalidad en que están vinculados los derechos de los herederos en la masa partible.

"Por otra parte, el activo de URBANIZACION SAN JORGE LIMITADA está constituido en su mayor parte por 57 lotes, de los cuales hay 34 vetados por el municipio desde hace mucho tiempo, a los cuales no les dan hilos y niveles para edificarlos, según la certificación de la Secretaría de Obras Públicas Municipales. Son, pues, lotes de muy poco valor económico y, por consiguiente, el derecho de acción en dicha sociedad está no sólo desvalorizado, sino prácticamente perdido. Constituyo, pues, un gravísimo error del partidor, que conduce a lesión enorme, la

distribución y adjudicación que hizo de los derechos en la citada sociedad.

3ª.—17 mil acciones de "INCOLMAR", sociedad fundada en julio de 1959, y que hasta la fecha no sólo no ha producido un solo peso, ni ha entrado en actividad, sino que está en proceso de liquidación por insolvencia, y que a pesar de tener un valor nominal de $ 10.oo no se cotizan en el mercado ni alcanzan hoy un valor siquiera de $ 5.oo, fueron distribuídas y adjudicadas con el mismo criterio de inequidad que los derechos en Urbanización San Jorge. El partidor distribuyó y adjudicó así las acciones: A la heredera Rita Hoyos de Duque $ 12.984,60, o sea el 7,6380 %, cuando en justa proporción le corresponde el 21,875 de dichas acciones. A la señora Matilde Hoyos de Hernández $ 21.094,90, o sea el 12,4000%, siendo así que como a su hermana quien tiene el mismo derecho en la herencia, debe corresponderle el 21,875. A las herederas citadas se les adjudicó, pues, el 20,0468%, cuando les corresponde conjuntamente el 43,750% de dichas acciones, de acuerdo con su interés en la herencia. En cambio, el partidor hizo adjudicaciones sin medida equitativa a los herederos Jorge $ 22.612,10, Germán $ 21.920,55, Luis Eduardo $ 24.234,75, Daniel $ 21.112,10, e Iván $ 33.424,60, a quienes correspondiéndoles el 9,375 individualmente, o sea el 46,875% en conjunto, se les adjudicó el 72,5318%.

"Sobre el estado financiero de la sociedad INCOLMAR S. A., es muy importante tener en cuenta el informe remitido por su Gerente a los accionistas y que presento como prueba del mal estado económico de dicha empresa que naturalmente tiene que influir definitivamente en las acciones y derechos de los socios.

"4ª.—El partidor no hizo hijuela específica de deudas de la sucesión, ni determinó lote de bienes para el pago de dichas deudas, de conformidad con lo previsto y ordenado por el artículo 1393 del C. C.—Justifica así la omisión: 'No se hará adjudicación del pasivo en una hijuela única, sino que efectuada la liquidación del pasivo se distribuirán a los herederos bienes suficientes para que atiendan al pago de dicho pasivo, haciendo las adjudicaciones en su respectiva hijuela'. Con este criterio llevó a cabo la atroz injusticia de crear a cargo de los herederos Jaime, Germán y Luis Eduardo, obligaciones a favor de URBANIZACION SAN JORGE LIMITADA por valor de $ 9.090.25, $ 9.000.00 y $ 10.00.00, respectivamente, para pagarle a dicha sociedad una deuda a cargo de la sucesión por valor de $ 28.090.25, sin determinar bienes específicos y reales adjudicados a dichos herederos con destino al pago de la mencionada deuda, lo cual constituye una irregularidad jurídica incontrovertible. Además, no parece jurídico y lógico que estando a cargo de la masa de bienes partibles y adjudicables de la sucesión, o de ésta como universalidad jurídica, el pago de la deuda a la sociedad mencionada, ella se divida en lotes y en varios deudores personales. Si se omitió, pues, la hijuela especial para pagar las deudas, el mejor criterio a seguir debió ser la adjudicación del pasivo y de los bienes para pagarlo entre todos los herederos en proporción directa a su interés en la sucesión. Pero se optó por una repartición de acciones de Incolmar Limitada y de derechos en Urbanización San Jorge, desproporcionadamente, con el oscuro fin de acomodarle el pago de las deudas mayores a unos pocos herederos con bienes desvalorizados y de poca significación económica, lo que constituye un evidente mal negocio para dichos herederos porque ellos quedan con la obligación de pagar deudas con dinero efectivo y como contraprestación se les da simples derechos de crédito (acciones) cuyo valor asignado en la adjudicación no corresponde a la realidad comercial y económica de las respectivas empresas, o que en el momento de convertirse a dinero pueden no corresponder al valor de adjudicación.

"5ª.—El partidor no tuvo en cuenta el espíritu y la letra del contrato de transacción que obra en el expediente y mediante el cual los herederos estipulan la proporción y forma de distribuir los bienes y deudas de la sucesión. En el contrato se dice claramente que las herederas Rita y Matilde Hoyos tendrán derecho a la cuarta parte de los bienes que se distribuirán por partes iguales, y las tres cuartas partes restantes será repartida entre todos los herederos por partes iguales. En consecuencia, la masa hereditaria partible y adjudicable, lo mismo que las deudas, debió distribuirse en la siguiente proporción: Para la heredera Rita Hoyos de Duque, el 21,875%; para la señora Matilde Hoyos de Hernández, el 21,875; y los herederos Jorge, Germán, Luis Eduardo, Daniel, Jaime e Iván Hoyos Robledo, el 9,375%. Naturalmente dicha distribución y adjudicación debió hacerse (y debe hacerse) en bienes de igual calidad para todos los herederos a fin de aplicar fiel y honestamente los principios de igualdad, equivalencia y semejanza previstos en el contrato de transacción y en el artículo 1394 ordinal 8) del Código Civil, y no en la forma acomodaticia como la hizo el partidor, adjudicando los bienes

de mejor calidad y ubicación a las herederas y los de menos importancia económica a los restantes herederos. El partidor debe, pues, obrar con criterio equitativo, adjudicando los bienes y las deudas en forma directamente proporcional al derecho que tengan los herederos en la sucesión, y en especies tangibles o intangibles de la misma calidad, por cuanto todos los herederos tienen cualitativamente los mismos derechos en los bienes relictos y al partidor no le es permitido desmejorarlos o hacer de mejor derecho en calidad y cantidad a unos y de mediano o peor derecho a otros, porque con tal criterio su función no sería la de partidor de bienes comunes, sino la de un simple prodigador de privilegios.

"6ª.—Está hecha la partición en proporciones tan desiguales cuantitativa y cualitativamente, que existe en ella lesión enorme, según lo previsto en el artículo 1405 del C. C.

"7ª.—Se fijó el partidor sus honorarios en el mismo trabajo en cuantía de $ 7.000.oo que no se justifican para la calidad del trabajo que ha hecho y la demora en entregarlo; demora que sin duda alguna ha causado y va a causar muchos perjuicios a todos los herederos. Porque en el transcurso de dicho tiempo han surgido fenómenos económicos y fiscales, tales como la devaluación y el nuevo impuesto a las sucesiones, que necesariamente tienen que influir en el derecho de los herederos.

"8ª.—No tuvo tampoco en cuenta el partidor para una distribución y adjudicación equitativa de los bienes de la sucesión, el fenómeno de la devaluación de la moneda que ha producido en algunos bienes como los ubicados en Bogotá, una revalorización real y efectiva, y no así en los derechos y acciones de Incolmar y Urbanización San Jorge Limitada y de algunos bienes raíces ubicados en la ciudad de Manizales, que en unos se ha producido desvalorización como en el caso de la casa de la Avenida Santander cuya desvalorización es manifiesta por habérsele decretado una vía pública, que hace que dicho inmueble quede inmovilizado por mucho tiempo; y en otros permanecen estacionarios".

El juzgado del conocimiento, en sentencia de 18 de noviembre de 1963, declaró no probadas las objeciones y aprobó el trabajo de partición y adjudicación de los bienes.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en providencia fechada el 10 de marzo de 1964, confirmó la sentencia del Juzgado aprobatoria de la partición, con solo la modificación consistente en disponer que las costas del incidente, en ambas instancias, sean pagadas por la parte objetante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Estudia las objeciones al trabajo de partición, expresando, en lo esencial, sobre cada una de ellas, lo que en seguida se trae a este fallo.

Acerca de la *primera objeción* dice que si se examina más a fondo el fundamento de ella, se advertirá que la pretendida inequidad en la distribución de los bienes raíces se hace consistir en que el partidor no formó otras tantas comunidades singulares entre todos los herederos, y en que no se adjudicó cada uno de tales bienes en común y proindiviso entre los ocho representantes de la sucesión y en la proporción exacta de sus respectivos derechos, procedimiento éste, observa, que ha sido rechazado por la doctrina y la jurisprudencia.

Respecto a la tacha de inequidad en la distribución y adjudicación de los inmuebles, sin tener en cuenta la rentabilidad y la calidad de ellos, afirma la sentencia que cuando un avalúo se produce en casos como éste, se han tenido en cuenta múltiples factores, entre ellos la rentabilidad de los mismos bienes; que puede ocurrir que una propiedad tenga con menor valor, mayor rentabilidad que un inmueble que la produce menor o no la causa; que un bien de considerable valor puede producir menor renta que otro de menor precio, lo que no se opone a que en una partición sean ellos adjudicados a distintos herederos.

En lo relativo a la *segunda objeción* anota la sentencia acusada que el partidor debe ceñirse estrictamente al inventario y avalúo de los bienes, y que el procedimiento impugnatorio que autoriza la ley puede solamente encaminarse a corregir los errores en que haya incurrido el partidor, mas no a modificar el avalúo del patrimonio relicto, ya definitivamente aprobado.

Expresa el Tribunal que los argumentos en que se funda la *tercera objeción* son similares a aquellos en que se basa la segunda, y de allí que las normas que tuvo para desplazar ésta, son valederas también para declarar que aquélla es del mismo modo inadmisible. Que en otras palabras, ni la falta de la pretendida proporcionalidad absoluta en la distribución de las acciones mencionadas, ni la desvalorización de éstas afirmada por el objetante, podrían aceptarse como motivos suficientes para improbar la partición, realizada en este punto, como en los demás, con estricto seme-

timiento a una diligencia de inventarios y avalúos que no fue objetada oportunamente.

Dice la sentencia, refiriéndose a la *cuarta objeción*, que está en lo cierto el apoderado de los demandados cuando afirma que el artículo 1393 del Código Civil no tiene otra finalidad que la de asegurar el pago de las deudas de la sucesión, mediante el señalamiento por el partidor de los bienes que han de destinarse para ese pago. Y cree también que esa finalidad se cumple a cabalidad cuando, como en el caso del trabajo de partición, se ha determinado cuáles son los bienes específicos que se destinan para el pago del pasivo, y a cuál o a cuáles de los herederos se les impone la obligación de verificar dicho pago, adjudicándoles a la vez, como es obvio, los referidos bienes separados por el partidor, en igual proporción a la participación de cada uno de aquellos en el pago del pasivo.

Refiriéndose el fallo acusado a la *quinta objeción* expresa que no es verdad que el partidor hubiera pasado por alto el espíritu y la letra del contrato de transacción que celebraron todos los herederos y que aparece a folios 36 y 37 del Cuaderno Nº 1. Porque en tal documento no consta que la voluntad de los contratantes estuviera dirigida a crear comunidades singulares entre todos ellos sobre todos y cada uno de los bienes pertenecientes al haber sucesoral de la señora Susana Robledo de Hoyos. Apenas se señalaron allí las respectivas cuotas de los herederos, a fin de que en la partición se le adjudicara a cada uno la porción de bienes por el valor correspondiente. Y que como el partidor, al realizar la liquidación del acervo sucesoral acogió la voluntad de los contratantes, señalando para cada uno una cantidad que corresponde exactamente al valor de su cuota, tal como aparece en el cuadro visible al folio 68 vuelto del Cuaderno Nº 1, se infiere sin lugar a dudas que la objeción es inadmisible. Y lo mismo se dice de la distribución de las deudas, porque ella se hizo con agregación de los valores respectivos a las hijuelas de los herederos adjudicatarios del pasivo.

Aludiendo el fallo acusado a la *objeción sexta* consistente en haberse incurrido en lesión enorme, según lo previsto en el artículo 1405 del C. C., manifiesta que de acuerdo a la disposición legal citada la lesión enorme en una partición ocurre cuando alguno de los copartícipes ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota, y tal circunstancia da lugar a que el lesionado pueda demandar la rescisión de la partición; que el procedimiento adecuado para el ejercicio de esa acción es el juicio ordinario, pero que nada se opone a que en un simple incidente de objeciones pueda ponerse de presente una tan grande injusticia cometida por el partidor, que revista los caracteres de una lesión enorme y entonces la objeción estaría llamada a prosperar por falta de aplicación de las reglas de equidad 7ª y 8ª contenidas en el artículo 1394 del Código Civil; que no sería necesario que el perjuicio sufrido por el objetante fuera tan grande como el que exige para la eficacia de la acción rescisoria por lesión enorme, aunque sí sería preciso que los hechos en que se funda la objeción resultaran plenamente probados dentro del incidente respectivo. Y que las pruebas aportadas no conducen, ni remotamente, al establecimiento del engaño que eventualmente sufrirían los objetantes como consecuencia de la partición elaborada por el doctor Francisco José Rivas. Que aquéllas pruebas sólo se encaminan a demostrar una mayor rentabilidad de los bienes situados en Bogotá con relación a los ubicados en Manizales, circunstancia que no es por sí sola bastante para fundar una objeción sevia a la partición.

Con respecto a la *objeción séptima* expresa que ante la ausencia de una pauta legal para la fijación de honorarios, resultaría arbitrario afirmar que la estimación hecha por el partidor es excesiva, máxime si se considera la cuantía de los bienes que hubo de distribuir en esta sucesión y la complicación misma de ella por diversos aspectos, y si se tiene en cuenta además que el objetante ni siquiera intentó aducir alguna prueba que justificara su reclamo.

En cuanto a la *objeción octava* dice que no es razonable afirmar que sólo los bienes situados en Bogotá adquirieron un mayor valor, cuando lo cierto es que también los ubicados en Manizales lo recibieron y tal vez en proporción superior. Y agrega que la tesis del apoderado de una de las demandadas es incontrovertible y se encuentra plenamente justificada con las pruebas que él aportó al debate, a tiempo que el abogado de los demandantes no adujo prueba eficaz de su acerto, lo que bastaría para desestimar su objeción, la cual, por otra parte, quedó refutada en motivaciones anteriores referentes a otras objeciones. Y que no debe olvidarse que el partidor no podía, sin salirse del marco de sus atribuciones, modificar los avalúos de los distintos bienes de la sucesión, so pretexto de acomodarlos a la nueva realidad económica del país. Que los datos examinados indican que también en Manizales, y quizás con mayor proporción que en otras ciudades, se ha elevado considerablemente el precio de las co-

sus en los últimos meses, debido a factores económicos de distinta índole, entre éstos el de la devaluación de la moneda. De donde resulta aventurado afirmar, como lo hace el objetante sin respaldo probatorio alguno, que el partidor obró sin equidad por no haber tenido en cuenta el fenómeno de la devaluación, pues que éste sólo influyó en el aumento de precio de los bienes de la sucesión situados en la ciudad de Bogotá.

La sentencia acusada concluye: "Por todo lo dicho llega el Tribunal a la conclusión de que debe confirmarse la sentencia recurrida, en cuanto por ella se declaró que no estaban probadas las objeciones... contra la partición elaborada, ..., y en cuanto se impartió aprobación a este trabajo".

LA ACUSACION

Se formula por el representante de Daniel Hoyos Robledo, por una parte, y por el apoderado de Luis Eduardo Hoyos Robledo, Jorge Hoyos Robledo y Germán Hoyos Robledo, por otra. Por no haber sido sustentado en oportunidad el recurso interpuesto por Jaime Hoyos Robledo, la Corte lo declaró desierto. La réplica a las demandas la hacen Rita Hoyos de Duque y Matilde Hoyos de Hernández, por medio de apoderado.

De la primera demanda se toma lo siguiente:

"*Primer cargo*—La sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por error en la interpretación de las tres primeras objeciones, que lo llevó a desconocer la naturaleza jurídica de éstas, infringió la ley sustantiva directamente en sus artículos 669, 824, 832, 1008, 1394 y 1494 del Código Civil, por falta de aplicación al caso controvertido.

"*Segundo cargo*—El fallo del Tribunal de Manizales sobre las tres primeras objeciones, viola por falta de aplicación, en forma directa, los artículos 669, 824, 832, 1008, 1012, 1013, 1037, 1279, 1394 ordinales 4, 7 y 8, 1494, 1502, 1602, y 1618 del Código Civil, en parte por no estar de acuerdo con el régimen legal e igualitario de traspaso de la propiedad por medio de la sucesión por causa de muerte, y en parte por desatender los elementos de equidad e igualdad en el reparto de bienes de una misma naturaleza, un mismo género y una misma calidad....

"*Tercer cargo*—Se relaciona con la objeción cuarta, sobre bijuela de deudas y gastos, pagaderos a prorrata de las deudas hereditarias, que al fallarlas el Tribunal de Manizales violó por interpretación errónea los artículos 1343 y 1393 del Código Civil y por falta de aplicación las disposiciones 1390, 1411 de la misma obra, por infracción directa.

"*Cuarto cargo*—Lo concreto a la parte del fallo del Tribunal de Manizales referente a la objeción séptima, sobre fijación de honorarios por el propio partidor y la imputación de su pago con bienes de la sucesión, a través de uno de los herederos, con lo cual se violan directamente los artículos 669, 673, 740, 1008, 1011, 1013, 1343, 1390, 1393, 1494 y 1502 del Código Civil".

De la segunda demanda se copia:

"La ilegalidad de la sentencia en esta parte resulta de que aprobó una partición que no obedeció las siguientes disposiciones legales de orden sustancial:

"a) El Art. 1411 del C. C., cuyos dos primeros incisos dicen: 'Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.- Así, el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias'. La desobediencia consistió en que las deudas no se dividieron entre los herederos a prorrata de sus cuotas, ya que se distribuyeron sólo entre cinco de los ocho herederos entre los cuales se hallan Germán, Luis Eduardo y Jorge a quienes represento.

"b) El Art. 1416 *ibidem* que permite la distribución de las deudas en la partición en forma diversa a la prescrita en el artículo 1411 siempre que haya convenio entre los herederos, siendo así que no hubo dicho convenio y por el contrario la objeción a la cuenta está indicando su desacuerdo al respecto.

"c) El Art. 1397 de la misma obra que estatuye que si alguno de los herederos quisiera tomar a su cargo mayor cuota de las deudas que la correspondiente a prorrata bajo alguna condición que los otros herederos acepten, se accederá a ello, en cuanto sin haberse aceptado por todos los herederos se aprobó que se tomara por cinco herederos mayor cuota de las que les correspondía a prorrata y sin que mediara ninguna condición específica.

"...

"De todo lo cual se desprende para efectos del recurso de casación:

"Que la sentencia es violatoria del Art. 1411 del C. C. por infracción directa, originada en falta de aplicación, pues aprobó una partición en la cual no se dividieron las deudas hereditarias en-

tre los herederos o prorrata de sus cuotas hereditarias; del Art. 1416 de la misma obra por errónea interpretación, pues sin convenio entre los herederos la partición autorizó la distribución de las deudas hereditarias de manera diferente a la prevista en el Art. 1411; y del 1397 *ibidem* por aplicación indebida, pues la partición aprobada admitió que cinco herederos sobre ocho tomaran a su cargo el pago de las deudas hereditarias sin que aparezca la aceptación total de ellos y por el contrario habiendo objetado el procedimiento varios de ellos.

"No sobra recalcar que la interpretación errónea del Art. 1416 reside en que dicha norma permite la distribución de deudas hereditarias entre los herederos en forma diferente a la proporcionalidad con sus cuotas hereditarias, siempre que haya convenio entre ellos, pues aunque la norma expresa que la distribución diversa la haga la partición, debe entenderse que ello es viable cuando el trabajo lo realicen los herederos, pues cuando lo efectúa el partidor es menester el convenio hereditario extrapartición o al menos que ninguno de aquellos formule objeciones al respecto, como lo expresa el doctor Carrizosa Pardo en pasaje transcrito anteriormente y como se obtiene la debida correspondencia y armonía con los artículos 1411 y 1397 citados.

"Queda así concretado este primer cargo... dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J., la cual invoco".

Se sustenta este primer cargo diciendo que el Tribunal entendió las tres primeras objeciones en el sentido de que el objetante ataca la partición porque no se forman tantas comunidades singulares como herederos tiene la sucesión y porque se acogen los valores que figuran en el inventario de los bienes. Que esto es absolutamente equivocado, porque las objeciones en ninguna parte dicen lo que entendió el Tribunal, pues bien claro expresan su inconformidad con la distribución inequitativa de los bienes, habida consideración de la ubicación de ellos (en Bogotá y Manizales), de su rentabilidad y de las personas adjudicatarias. Que las tres primeras objeciones a la partición hacen ver que además de no haberse distribuído los bienes productivos guardando la debida equidad e igualdad que ordena la ley, en la escogencia de los improductivos tampoco se aplicaron las normas 7 y 8 del artículo 1394 del Código Civil, "adjudicando a cada uno de los consignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuela o lotes de la masa partible", teniéndose en cuenta las porciones de lo que en la herencia corresponde a cada sucesor, se invirtió el orden y a Rita Hoyos de Duque y Matilde Hoyos de Hernández que tienen un gran porcentaje en la masa partible, apenas se les mencionó en los bienes improductivos, recayendo la mayor parte de éstos sobre las adjudicaciones de los restantes herederos. Lo que llevó al Tribunal, equivocadamente, a interpretar mal las tres primeras objeciones, porque dedujo que eso implicaba hacer tantas comunidades singulares como herederos tiene la herencia, y lo que buscan las objeciones es que en la partición se compensen bienes productivos con improductivos, en un balance inteligente de distribución, sin que sea obligatorio llegar a las ocho comunidades de bienes, a razón de cada una por cada sucesor.

Acerca de las tres primeras objeciones agrega la primera demanda:

"En cuanto a lo primero, no se encuentra equidad, ni igualdad de tratamiento en el reparto de los bienes, porque mientras a las herederas Rita y Matilde se les adjudican las tres lujosas casas de Bogotá, modernas y en los mejores barrios residenciales de la ciudad, a los otros herederos se les señalan bienes en Manizales, población seis veces más pequeña que Bogotá y por consiguiente, con índice de menor valorización de sus tierras, debido a la menor demanda y si los bienes situados en esa ciudad se valorizan, los de Bogotá lo hacen en mayor proporción, en el mismo lapso de tiempo. Lo indicado era, en parte, considerar los herederos que viven en Bogotá (Matilde, Iván y Daniel) y adjudicar por lo menos, dos de esas casas entre algunos de los seis herederos varones.

"En cuanto a lo segundo, no se ve equidad, ni igualdad en el tratamiento de reparto de los bienes *por su renta*, en que se adjudique a Rita y Matilde los inmuebles de Bogotá, con magnífica rentabilidad, y se deje a los demás herederos lotes de terreno que no producen y acciones en una compañía de pesca, que está probado que no da dividendos (C. 3, fl. 7); ya que el derecho hereditario sobre los bienes, tanto comprende la nuda propiedad, como el usufructo. Además, el valor de la finca urbana está en relación directa con su productividad, por lo cual, lo indicado era lo que uno, guardara concordancia con lo otro, que hubiera equivalencia en el reparto de bienes productivos, con bienes improductivos, entre los herederos, pero no ambos factores a favor de Rita y Matilde, solamente.

"En cuanto a lo tercero, no se encuentra equidad, ni igualdad, que a Rita y Matilde, señoras casadas con distinguidos profesionales, de quienes reciben apoyo moral y económico, se les dejen todos los mejores bienes de la sucesión como son las casas de Bogotá y en cambio, a los otros herederos y especialmente al ciego, Jaime, se le adjudiquen lotes de tierra improductivos, acciones improductivas y 3/4 partes de una casa vieja en Manizales, en comunidad con su hermana Matilde, dueña de la otra cuarta parte en vida de su madre (C. 1, fl. 60), que está desocupada esperando la apertura de una avenida, motivo por el cual nadie la toma en arrendamiento. Por lo cual, lo indicado dentro de la justicia de la partición era dejarle a ese heredero incapacitado por enfermedad para ganarse la vida y padre de seis hijos, todos menores, bienes productivos y no todo lo contrario, porque el acto jurídico de la partición es también humano, como fuente de justicia.

"Las tres primeras objeciones hechas a la partición hacen ver que, además de no haberse distribuído los bienes productivos guardando la debida equidad e igualdad que ordena la ley, que en la escogencia de los improductivos tampoco se aplicaron las normas 7 y 8 del artículo 1394 del Código Civil, 'adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible', teniéndose en cuenta las porciones de lo que en la herencia corresponde a cada sucesor, se invirtió el orden y a Rita y Matilde que tienen un gran porcentaje en la masa partible, apenas se les mencionó en los bienes improductivos, recayendo la mayor parte de éstos sobre las adjudicaciones de los restantes herederos".

Respecto de los otros cargos dicen los recurrentes:

En la primera demanda:

"Los artículos 1343 y 1393 del Código Civil hablan de la obligación en que está el partidor de *señalar* y *formar* un lote de bienes sucesorales para atender al pago de deudas y la costumbre judicial ha establecido que esa hijuela se adjudique a uno o varios herederos, quienes responden a los acreedores con los bienes separados para tal fin.

"En el caso presente no se confeccionó la hijuela de deudas y gastos a nombre de ningún heredero, sino que se aumentó la cuota hereditaria de algunos de ellos con el propósito de atender su pago, *sin señalar específicamente los bienes adscritos para tal objeto*, con excepción de la hijuela hecha al heredero Jaime Hoyos Robledo, en cuya parte final se dice: 'De acuerdo con lo relacionado en el capítulo IV de Distribución del pasivo, se asignarán bienes adicionales, por valor de $ 9.090.25 al heredero Jaime Hoyos Robledo, para que atienda a parte del crédito a cargo de la sucesión y a favor de URBANIZACION S. JORGE, LTDA., en consecuencia se hace la siguiente adjudicación:

"1) Una cuota de NUEVE MIL NOVENTA PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS ($ 9.090.25) en la parte del interés social que la causante tenía en URBANIZACION SAN JORGE, LTDA... $ 9.090.25".

"A los restantes sucesores, *RITA HOYOS DE DUQUE* (hijuela 1, folio 89), *JORGE HOYOS ROBLEDO* (hijuela 3, folio 91 v), *GERMAN HOYOS ROBLEDO* (hijuela 5, folio, 93 v) y *LUIS EDUARDO HOYOS ROBLEDO* (hijuela 6, folio 94 v), a quienes se encomendó el pago de otras deudas, aumentando su cuota hereditaria, no se *señalaron* los bienes con que debían responder de ellas, lo cual implica una transgresión de los citados artículos 1343 y 1393, que imperativamente hablan de *señalar* y *formar* un lote de bienes, por interpretación errónea del Tribunal, lo que a la vez lesiona, los intereses de estos herederos, porque todo su patrimonio hereditario queda sujeto al pago de las deudas y porque si los bienes adjudicados como las acciones en INCOLMAR y en la Urbanización San Jorge, tienen un gran demérito, su patrimonio personal al atender el valor total del monto de las obligaciones que se les impuso saldar, se vería muy disminuído y entonces viene el quebranto de los artículos 1390, 1411 del Código Civil, por no haberse tenido en cuenta, que ordenan que las deudas y gastos comunes de la sucesión se eroguen entre todos los herederos a *prorrata* de sus derechos en ella".

En la segunda demanda se argumenta:

"b) En el pasivo hereditario, como quedó visto, incluyó la partición la suma de $ 7.000.00 en que el partidor apreció sus honorarios. La 7ª objeción se hizo consistir en que dicha suma era elevada debido a la calidad del trabajo y por la demora en presentarlo.

"Además, me interesa descollar que el punto igualmente se encuentra incluído dentro de la objeción cuarta que he tratado en el acápite anterior, ya que el partidor apreció como deuda hereditaria el monto de sus honorarios y atribuyó

su pago al heredero Jorge Hoyos Robledo, que es uno de mis poderdantes.

"El artículo 1390 del C. C., dice: 'Las costas comunes de la partición serán de cuenta de los interesados en ella, a prorrata'.

"Conforme al artículo 1016 *ibidem* una cosa son las costas de la apertura de la sucesión, y otra las deudas hereditarias que son los créditos a cargo del de cujus. La misma disposición coloca tales deudas en renglones separados y ordena la deducción primero de las costas y luego de las deudas.

"De esta manera existe la regla particular para las costas que deben pagarse entre los herederos a prorrata de sus cuotas, lo cual no se cumplió por la partición aprobada por la sentencia acusada, porque se obligó a pagar el honorario a uno solo de los herederos, sin que hubiera acuerdo entre todos sobre otra forma de pago.

"En tales circunstancias se violó el artículo 1390 del C. C. por infracción directa, originada en su falta de aplicación.

"Pero si se admite que no obstante que el partidor es un mandatario de los herederos, sus honorarios, como costas de la sucesión, gravan el pasivo hereditario, la circunstancia de haberse impuesto su pago a uno de los herederos sin existir convenio entre todos determina que la sentencia viola además del artículo 1390 en la forma expuesta, los artículos 1416 y 1397 del C. C. por interpretación errónea y por aplicación indebida respectivamente, por los motivos expuestos en el primer cargo que doy aquí por reproducidos.

"Queda así concretado el segundo cargo dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J., que invoco".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

PRIMER CARGO

Al formularlo se dice que la sentencia del Tribunal incurre en error en la interpretación de las tres primeras objeciones a la partición, que lo llevó a desconocer la naturaleza jurídica de ellas, infringiendo la ley sustancial en los artículos 669, 824, 832, 1008, 1394 y 1494 del Código Civil, por falta de aplicación al caso controvertido.

1º—Para sustentar este motivo afirma la censura que el sentenciador entendió las tres primeras objeciones en el sentido de que el objetante atacaba la partición porque no se habían formado tantas comunidades singulares como herederos tiene la sucesión, y que las objeciones en ninguna parte dicen lo que entendió el Tribunal; pues, bien claro expresan su inconformidad con la distribución inequitativa de los bienes, habida consideración de la ubicación (en Bogotá y Manizales), de su rentabilidad y de las personas adjudicatarias.

Manifiesta la censura que basta cotejar los términos de la objeción con la forma en que la interpreta el Tribunal, para concluír que hubo un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, pues lo que le atribuye la sentencia a la objeción no corresponde a la redacción de ella; o sea que la sentencia vió algo que no existe, ya que la objeción no expresa que se funde en que el partidor no hubiera establecido comunidades singulares entre los herederos sobre todos y cada uno de los inmuebles del activo sucesoral; pues la objeción se limita a plantear la falta de equidad en la distribución de los inmuebles, en virtud de que a cinco de los hombres se les asignó un edificio en Manizales con renta de $ 1.120.00 al mes, y a las dos herederas tres casas en Bogotá que rentan $ 3.800.00 mensualmente; que además, a Matilde Hoyos de Hernández no se le adjudicó el derecho de 3/4 partes que tenía la causante, en la casa de la Avenida Santander de Manizales, dejando de lado el principio de continuidad en las adjudicaciones que inspira la regla sobre partición, ya que ella es dueña de la otra cuarta parte; y que si la objeción se hubiera estudiado conforme a su sentido y no por el que le dió el Tribunal, se habría abierto la puerta para el análisis de las pruebas que la respaldan, como para la fijación de las normas aplicables a su solución jurídica. Afirma finalmente haber demostrado la existencia del error de hecho, por lo cual está acreditada la base del cargo en casación; error que llevó al Tribunal a violar el artículo 1394 del C. C., regla 7ª, por falta de aplicación.

2º—Se dice en la sentencia acusada, refiriéndose al punto a que se contrae el cargo, que la pretendida inequidad en la distribución de los bienes raíces, alegada en las objeciones, se hace consistir en que el partidor no formó otras tantas comunidades singulares entre todos los herederos: es decir, que no se adjudicó cada uno de tales inmuebles en común a los ocho representantes de la sucesión y en proporción a sus respectivos derechos. Entiende el fallador que la falta de equidad a que se refiere la objeción resul-

ta de no haberse adjudicado todos los inmuebles pro-indiviso entre todos los asignatarios, en proporción exacta y matemática.

Sin embargo, la objeción no está concebida en los términos y en el sentido en que el fallador lo entendió. La objeción, como se ha visto, se presenta en razón de que el partidor distribuyó y adjudicó los más valiosos bienes inmuebles inequitativamente, sin tener en cuenta su rentabilidad, y en la inequidad de las adjudicaciones, que favorecen, según los objetantes, a dos de las herederas, en perjuicio de los otros seis herederos. Evidentemente la objeción no se formula pidiendo la adjudicación, como lo afirma el Tribunal, de todos los bienes proindiviso a todos los herederos; sino que se reclama por la falta de equidad resultante de las adjudicaciones hechas en la partición, lo que es bien distinto. La objeción no intenta obtener la adjudicación de los bienes como lo entiende el sentenciador, sino que reclama de ella por faltarse en la partición a las normas legales que buscan obtener una distribución equitativa y proporcional a los derechos de cada interesado.

Sí entró el fallo objeto del recurso en el estudio de cada una de las objeciones, contra lo que afirma la censura, que por error en su interpretación no pasó el sentenciador el examen de aquellas. Es cierto que la sentencia acusada estima que las objeciones se hacen fundándolas en que el partidor no formó comunidades singulares entre todos los herederos y no adjudicó cada uno de tales bienes en común y proindiviso entre los ocho representantes de la sucesión, en proporción exacta de sus respectivos derechos. Pero esta equivocada estimación resulta intrascendente en cuanto el sentenciador no dejó de hacer, como lo hizo, el estudio de las varias objeciones, expresando las razones que considera pertinentes para desecharlas por infundadas.

La glosa en este punto, relativa a que por interpretación errónea de las objeciones, el fallo recurrido llevará al sentenciador a eximirse del estudio de ellas, carece, pues, de apoyo en la realidad del proceso.

3º—El artículo 1411 del Código Civil dice: "Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Así, el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias". Y el artículo 1397 dispone: "Si alguno de los herederos quisiere tomar a su cargo mayor cuota de las deudas que la correspondiente a prorrata bajo alguna condición que los otros herederos acepten, se accederá a ello".

De conformidad con las disposiciones transcritas, el pago de las deudas hereditarias se ordenará en la partición entre todos los herederos a prorrata de sus cuotas; y solamente si alguno de los herederos quisiere tomar a su cargo mayor cuota de deudas que la que le corresponde a prorrata, y los otros herederos lo aceptan, se atenderá al deseo manifestado por aquél. Es decir, que la proporcionalidad en el pago de las deudas hereditarias a prorrata de las cuotas de cada heredero, rige la partición, y el partidor está obligado a subordinar su trabajo a esos ordenamientos. Tan solo la voluntad expresa de los herederos puede modificar dicho régimen legal de la partición.

4º—El trabajo elaborado en el presente juicio por el partidor dice, al referirse a la distribución del activo líquido: "No se hará adjudicación del pasivo en una hijuela única, sino que efectuada la liquidación del pasivo se distribuirá a los herederos bienes suficientes para atender al pago de dicho pasivo, haciendo adjudicaciones en su respectiva hijuela".

Y en la ejecución de ese propósito, la distribución del pasivo se hace en la partición de esta suerte:

"Valor del PASIVO ..$		53.533.30
"Ese pasivo se discrimina así:		
"Deuda a favor del Banco Central Hipotecario $	16.947.10	
"Deuda a favor de la Urbanización San Jorge Ltda.	28.090.25	
"Deuda a favor de Robledo & Hoyos Ltda. ..	1.495.95	
"V/ de los honorarios del partidor Dr. Rivas	7.000.00	

"Estas deudas serán pagadas por los herederos Rita Hoyos de Duque, Jorge, Jaime, Germán y Luis Eduardo Hoyos Robledo, a quienes se adjudicarán bienes suficientes para ello en sus respectivas hijuelas. El pago se hará así:

"a) Deuda del Banco Central Hipotecario, queda a cargo de la heredera Rita Hoyos de Duque, a quien se adjudicará una cuota, por igual valor al de la deuda, en la casa inventariada en el juicio en el literal b), situada en Bogotá, en la Urbanización de "La Soledad". El valor de esa deuda: $ 16.947.10,

"b) Deuda a URBANIZACION S. JORGE LTDA., en liquidación, queda a cargo de los siguientes herederos y en la cuantía que se indica a cada uno, así:

"Valor de la deuda	$ 28.090.25	
"A cargo del heredero *Jaime Hoyos Robledo*, la cantidad de	$ 9.090.25	
"A cargo de *Germán Hoyos Robledo*, la cantidad de	$ 9.000.00	
"A cargo del heredero *Luis Eduardo Hoyos Robledo*	10.000.00	
"Sumas	$ 28.090.25	$ 28.090.25

"c) Deuda a favor de *Robledo & Hoyos Ltda.*		1.495.95
"Queda a cargo del heredero *Germán Hoyos Robledo*, quien pagará dicha suma a la sociedad indicada y se adjudicarán bienes suficientes para atender a dicho pago	$ 1.495.95	
"Sumas	$ 1.495.95	$ 1.495.95

"d) Valor de los honorarios del partidor Dr. Francisco José Rivas G. que se estiman en la suma de siete mil pesos	$ 7.000.00

"Queda dicha cantidad a cargo del heredero JORGE HOYOS ROBLEDO, a quien se adjudicarán bienes por valor suficiente para atender a dicho pago que hará al doctor Rivas una vez aprobada la partición".

La adjudicación de las deudas hereditarias disponiendo el pago de unas de ellas por unos herederos, en la forma en que se hace en la partición, es contraria al mandato de la ley. El partidor no le puede imponer al heredero el pago de deudas del modo como lo prevé y realiza la partición. Con ello se quebranta un derecho consagrado expresamente por la ley en favor de los herederos. El partidor, sin convenio unánime de los interesados, no puede cargar a un solo heredero o a algunos de ellos con la obligación de pagar las deudas hereditarias, porque por su propia autoridad no tiene poder para romper la igualdad con que debe tratar a los partícipes.

3º—El fallo deja de aplicar a la partición el precepto que la rige (Art. 1411 C. C.), en cuanto admite que las deudas hereditarias no se dividan entre todos los herederos, a prorrata de sus cuotas; e impone a éstos, sin su consentimiento (contra lo previsto en el Art. 1397 C. C.), una distribución de cuotas diferente a la legal, ya que asigna a cinco herederos el pago de las deudas que deben satisfacer los ocho interesados en la sucesión, y en proporción que no se ajusta a la cuota de cada uno.

Hay pues infracción directa de la ley sustancial por violación del artículo 1411 del C. C., por falta de aplicación, y del 1397 ibidem por aplicación indebida.

Prospera el cargo.

II—Debe por tanto infirmarse el fallo objeto del recurso, revocarse la sentencia de primera instancia, y proferirse la decisión que la reemplace.

Al hacerlo la Corte, le corresponde estudiar las objeciones propuestas contra la partición, para decidir si son o no fundadas.

No se objeta la liquidación propiamente dicha, según la cual a las herederas Rita Hoyos de Duque y Matilde Hoyos de Hernández les corresponde en común una cuarta parte de la masa sucesoral, y a los ocho herederos en conjunto las tres cuartas partes restantes. Las objeciones se concretan a la distribución de los bienes entre los herederos.

a) - Las tres primeras objeciones se refieren a la falta de equidad en la distribución y adjudicación de bienes inmuebles, del interés social en la Urbanización San Jorge y de 17.000 acciones de "INCOLMAR".

En la partición el acervo líquido a distribuir asciende a la cantidad de $ 955.862.40, que se divide entre los herederos, teniendo en cuenta lo convenido entre ellos en contrato de transacción, en la siguiente forma:

"1. Para Rita Hoyos de Duque	$	209.094..90
"2. Para Matilde Hoyos de Hernández	$	209.094.90
"3. Para Jorge Hoyos Robledo	$	89.612.10
"4. Para Jaime Hoyos Robledo	$	89.612.10
"5 Para Germán Hoyos R. ..	$	89.612.10
"6. Para Luis Eduardo Hoyos Robledo	$	89.612.10

"7. Para Daniel Hoyos Robledo $ 89.612.10
"8. Para Iván Hoyos Robledo $ 89.612.10

$ 955.862.40"

El objetante señala como vicios de la partición, el haberse adjudicado los bienes inmuebles sin tener en cuenta la rentabilidad ni la calidad de ellos; el interés social en Urbanización San Jorge, en forma que no consulta la proporcionalidad de los derechos de los herederos en la masa partible; y las 17.000 acciones de "INCOLMAR", a algunos herederos, que con ello reciben perjuicio, si se considera que las acciones se cotizan en el mercado, no por su valor nominal de $ 10.00 cada una, sino por el de $ 5.00 solamente.

No hay lugar a distinguir, cuando se trata de establecer si la equidad ha regido en la adjudicación de bienes de una partición, entre el valor de los mismos, según el avalúo hecho en el juicio, y la renta que ellos produzcan. En el avalúo se consideran todos los factores que determinan el valor de aquellos, los cuales comprenden su rentabilidad. El avalúo exige el conocimiento y examen por los peritos de los elementos que dan valor a los bienes. Respecto de los inmuebles, la ciudad donde están ubicados, su localización en ella, la cabida y forma del lote, el área construida, los materiales utilizados, el estado de la construcción, etc., y la rentabilidad del bien. En las acciones de una sociedad anónima y en el interés social de una limitada, el avaluador tiene en cuenta los elementos que determinan el valor, como la importancia y solvencia de las sociedades, su productividad actual y futura, etc. Los avalúos hechos en esta sucesión no fueron objetados y de las pruebas que se practicaron en el incidente de objeciones aparece que son avalúos cuidadosos que expresan el valor justo de los bienes inventariados. Debe suponerse que en los valores dados a cada bien se tuvieron en cuenta los factores pertinentes ya indicados y se equilibraron en lo posible.

El artículo 1394 del Código Civil consagra normas para el partidor, que éste debe cumplir, pero que le dejan una natural libertad de apreciación de los diversos factores que han de tenerse en cuenta al realizar un trabajo de ese género. La ley no le impone al partidor la obligación de formar lotes absolutamente iguales entre todos los herederos. La jurisprudencia sobre esta materia es bien clara en el sentido de que el ordenamiento del artículo 1394 citado deja al partidor aquella libertad de estimación, procurando que se guarde la posible igualdad y la semejanza en los lotes adjudicados, pero respetando siempre la equivalencia, que resulta de aplicar al trabajo de partición, para formar las varias porciones, el avalúo de los bienes hechos en el juicio. El partidor no puede, a pretexto de buscar la equidad, cambiar los avalúos, y estimar que unos bienes, muebles o inmuebles, valen menos o más de lo que el avalúo reza respecto de ellos.

En el inventario se relacionan 17.000 acciones de INCOLMAR, avaluadas en $ 170.00.00 (Folio 60 v., letra m). En las "Adjudicaciones" se divide esa cantidad así: a Rita Hoyos de Duque se le adjudica una cuota (debió decirse acciones) por $ 12.984.00; a Matilde Hoyos de Hernández $ 21.094.00; a Jorge Hoyos Robledo $ 22.612.10; a Jaime Hoyos Robledo $ 12.616.40; a Germán Hoyos Robledo $ 21.920.55; a Luis Eduardo Hoyos Robledo $ 24.254.75; a Daniel Hoyos Robledo $ 21.112.10; y a Iván Hoyos Robledo $ 33.424.60. Es decir que a todos los herederos se les adjudican acciones de INCOLMAR. La lectura de esas adjudicaciones hace ver que no se procede con falta de equidad; de ellas no se excluye a las demandadas. Si las acciones no valen a $ 10.00 sino a $ 5.00 cada una, ese menor precio afecta a todos los adjudicatarios.

Una consideración semejante cabe respecto a la adjudicación del interés social en Urbanización San Jorge Ltda. En el inventario aparecen derechos en esa sociedad en liquidación avaluados en $ 114.000.00 (folio 60 v., letra n). En las hijuelas de partición se adjudica esa cantidad a los herederos así: a Rita Hoyos de Duque $ 13.057.40; a Matilde Hoyos de Hernández $ 7.400.00; a Jorge Hoyos Robledo $ 17.000.00; a Germán Hoyos Robledo $ 22.187.50; a Luis Eduardo Hoyos Robledo $ 20.877.35; a Daniel Hoyos Robledo $ 15.000.00; y a Iván Hoyos Robledo $ 10.187.50. La adjudicación se hace en forma que beneficia o afecta a los varios herederos. No se advierte interés del partidor en favorecer a determinada persona. Y la circunstancia de que a Jaime no se le hubieren adjudicado derechos, no desvirtúa esta consideración, ya que el partidor obró dentro de sus facultades y respetando el avalúo de bienes.

Por lo dicho, no prosperan las tres primeras objeciones examinadas.

h) - En el contrato de transacción celebrado por los herederos se acuerda lo siguiente: "*Primero.* -

Que del acervo líquido que constituye el haber sucesoral de la señora Robledo de Hoyos se tome la cuarta parte, la cual se adjudicará íntegramente a las herederas señoras Matilde Hoyos de Hernández y Rita Hoyos de Duque, por mitad, pero las adjudicatorias anotadas quedan con la obligación de pagar al heredero Jaime Hoyos Robledo, en dinero, la suma de Veintiún mil pesos ($ 21.000.00) moneda corriente, esto es, diez mil quinientos pesos moneda corriente ($ 10.500.00) cada una, cantidad esta que le será pagada al nombrado coheredero en los términos y condiciones que se estipularán en documento separado, y entendiéndose que esta suma de dinero disminuye en igual cantidad la cuota que reciben las contratantes y herederas señoras de Hernández y de Duque Angel por razón de lo expresado en la precedente cláusula y aumenta en la misma suma de veintiún mil pesos ($ 21.000.00) la cuota herencial correspondiente al heredero Jaime Hoyos Robledo, aunque al hacer la partición, como es obvio, el partidor adjudicará bienes a las señoras de Duque Angel y de Hernández por el monto íntegro de la cuarta parte de bienes de que se viene hablando, y al heredero Jaime Hoyos Robledo no se le adjudicarán, desde luego, bienes de la sucesión por este concepto. *Segundo.*- El resto, o sea el setenta y cinco por ciento restante (75%) del haber hereditario líquido se repartirá por cuotas iguales entre los ocho herederos".

En la objeción quinta se afirma que el partidor no tuvo en cuenta el contrato de transacción, y se dice: " El partidor debe, pues, obrar con criterio equitativo, adjudicando los bienes y las deudas en forma directamente proporcional al derecho que tengan los herederos en la sucesión, y en especies tangibles o intangibles de la misma calidad, por cuanto todos los herederos tienen cualitativamente los mismos derechos en los bienes relictos...".

Lo tocante con la falta de equidad en la partición ya fue examinado al estudiar las tres primeras objeciones.

Analizando el trabajo respectivo se encuentra que el partidor si tuvo en cuenta el contrato de transacción y aplicó sus determinaciones. El partidor señala para cada uno de los herederos lo que le corresponde según el convenio entre ellos, reconociéndole a cada uno la cuota respectiva.

La objeción carece de fundamento.

c) - Se afirma en la objeción sexta que la partición está hecha en proporciones tan desiguales cuantitativamente y cualitativamente, que existe en ella lesión enorme, según lo previsto en el artículo 1405 del C. C. La objeción se limita a su simple enunciado; no se explica o se basa en argumentos que sirvan para demostrarla. De acuerdo con la norma citada, ocurre lesión enorme en una partición cuando alguno de los copartícipes ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Esa desproporción debe plantearse por el objetante, y demostrarse desde luego. En este caso la objeción ni siquiera plantea el argumento sobre la no proporcionalidad de las adjudicaciones. El juez no puede suplir al objetante.

La objeción, por lo dicho, no prospera.

d) - Consiste la objeción séptima en que el partidor se fija los honorarios por su trabajo, en la suma de $ 7.000.00, "que no se justifican por la calidad del trabajo que ha hecho y la demora en entregarlo.... Porque en el transcurso de dicho tiempo han surgido fenómenos económicos y fiscales, tales como la devaluación y el nuevo impuesto a las sucesiones, que necesariamente tienen que influir en el derecho de los herederos".

La objeción se formula por el monto de los honorarios. Teniendo en cuenta el valor de la sucesión, el estudio que el partidor hubo de realizar en un negocio en que no era fácil llegar a conclusiones como las que el trabajo de partición contiene respecto a la adjudicación de los bienes, sobre lo cual los herederos intentaron ponerse de acuerdo y no lo lograron, la importancia del trabajo llevado a cabo por el partidor justifica los honorarios en cuestión. Es pertinente anotar que el partidor elaboró y presentó su trabajo en un término de dos meses.

La objeción no prospera.

e) - Para fundar la octava objeción se afirma que el partidor no tuvo en cuenta en la distribución y adjudicación de bienes el fenómeno de la devaluación de la moneda, qué ha producido en algunos bienes como los ubicados en Bogotá, una revalorización, mas no en los derechos y acciones de INCOLMAR ni Urbanización San Jorge Ltda. y algunos inmuebles ubicados en Manizales.

El proceso acredita que el edificio situado en la carrera 20 Nº 19-36, de la ciudad de Manizales, que se avaluó y adjudicó en $ 230.000.00 a herederos objetantes de la partición, figura en el catastro con un valor de $ 322.000.00 (folio 17 v. Cd. 4). Lo mismo cabe decir de otros inmuebles adjudicados a los herederos objetantes, con valores mucho menores que los que figuran en el catastro.

El derecho de la causante en la Urbanización San Jorge Ltda. que fue avaluado y adjudicado en la suma de Ciento catorce mil ochocientos pesos ($ 114.800.00), fue denunciado en la declaración de renta y patrimonio de la sucesión de la señora Susana Robledo de Hoyos, en la cantidad de $ 133.753.03 (Fls. 35 v. y 39, Cd. Nº 4).

En este punto debe observarse que el partidor no podía, como lo pretende el recurrente, modificar los avalúos de los distintos bienes de la sucesión, a pretexto de acomodarlos a una realidad económica del país que no se contempló, ni era del caso contemplar, al hacerse la partición.

Estas consideraciones demuestran que debe desestimarse la octava objeción.

III. Según lo antes dicho, las objeciones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, QUINTA, SEXTA, SEPTIMA y OCTAVA formuladas contra la partición practicada en el juicio, no prosperan y, por tanto, no habrá lugar a que se tomen en cuenta al rehacer la partición.

No habrá lugar a condenación en costas a los opositores en el incidente de objeciones a la partición en primera y segunda instancia, por cuanto solamente se acogió una de las objeciones, rechazándose todas las demás. (Artículo 2º, Decreto Legislativo 243 de 1951, Ley 141 de 1961).

RESOLUCION

Por lo dicho, 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 (10) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio de sucesión de Susana Robledo de Hoyos, REVOCA la del Juzgado Tercero Civil de esa ciudad, de dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), que aprobó el trabajo de partición y adjudicación de bienes, y, como tribunal de instancia, en su lugar,

FALLA:

ORDENASE rehacer la partición realizada en el juicio con fecha doce (12) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963).

El partidor se ajustará en su trabajo a estas determinaciones:

Primera. - Se hará una hijuela para el pago de las deudas (Artículos 1343 y 1393 del C. C.), que se adjudicará a todos los herederos a prorrata de sus cuotas conforme a la ley.

Segunda. - La partición debe modificarse en forma tal que para el pago del pasivo de $ 53.533.30, la hijuela de deudas señale los bienes con los cuales ha de cubrirse su monto. El partidor, dentro de sus atribuciones, hará los cambios estrictamente necesarios para la modificación de que aquí se trata, pudiendo al efecto, como es obvio, modificar las adjudicaciones ya hechas, en lo indispensable al objeto buscado.

Tercera. - Se adjudicarán acciones, de las 17.000 inventariadas de la Sociedad Industrial Colombiana de Recursos Marítimos y Fluviales S. A., y no cuotas de interés social, como erróneamente se hizo en la partición.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION DE RECONVENCION

Tiene entidad propia e independiente de la principal.- Sentencia definitiva.- No hay imposibilidad para que un acto de decisión se contenga también en la parte considerativa del fallo.- Error de hecho. No es dable acusar, a la vez, por error de hecho y de derecho en la estimación de una misma prueba.- Autonomía relativa del Tribunal en la apreciación de pruebas.- No es de recibo en casación pretender contraponer el criterio del impugnante al del Tribunal.

1.—El fallo de primera instancia, en su parte desestimatoria de la demanda de reconvención, asume la fuerza de cosa juzgada, desde el propio momento en que el contrademandante omite interponer contra el mismo el recurso de alzada. Porque, si la acción de reconvención tiene su entidad propia, independiente de la principal, frente a la cual importa una pretensión distinta, es obvio que el recurso de apelación que contra la sentencia de primer grado, denegatoria de ambas acciones, interpuso el demandante de la principal, mal puede aprovechar al instaurador de la mutua petición, que dejó pasar el fallo sin alzarse contra el mismo, para que en el recurso se ventile de nuevo su pretensión. Ello es consecuencia indefectible de principios tales como el de que la apelación únicamente se abre en interés del apelante, entendiéndose sólo interpuesta en cuanto a la que de la providencia recurrida le fue adversa (art. 494 C. J.), y el de que el fallo favorable que en la alzada se pronuncie sólo aprovecha a quien hizo uso del recurso y a los litigantes que con él forman una sola parte (art. 486 ibíd.). Vale decir que el presente litigio, en lo concerniente a la demanda de mutua petición, por haberse clausurado con el fallo de primer grado, no hizo tránsito a la segunda instancia. Entonces, el Tribunal, frente a lo ya resuelto por el inferior y que no le fue sometido a su conocimiento, no tenía por qué ocuparse de revisarlo para decidir sobre ello en sentido alguno.

Es así acertada la consideración que al respecto hizo el sentenciador en el pasaje que reza: "Como el fallo revisado fue objeto de apelación solamente por la parte actora, debe conservarse intacta lo resuelto en su punto segundo que trata sobre las peticiones hechas por el apoderado de la demandada en su libelo de reconvención".

Y si en campo de hipótesis y en orden a una cuestión de mera forma se hubiese requerido de una resolución del Tribunal que dejara en pie lo resuelto por el a quo acerca de la demanda de reconvención, esa exigencia se encontraría cumplida en el aparte que de la motivación de la sentencia se 2ª instancia se acaba de transcribir, porque, no obstante su colocación dentro de lo considerativo de la providencia, tendría tal pasaje por su misma índole fuerza decisoria en cuanto a la necesidad de conservar intacto lo fallado en el punto por el Juez. A este respecto, puede verse lo dicho por la Corte en casación de 12 de julio de 1965, en juicio de Aurelio Marconi Palacio contra Carlos Eugenio Lemus Jacome, sentencia esta en que se citan las siguientes: cas. civ. 31 octubre 1936, XLIV, 1918/19, pág. 462; S. Ngs. Gns. 25 marzo 1941, LI, 1973/74, pág. 721; cas. civ. 11 febrero 1948, LXIII, 2057/58, pág. 604; cas. Lb. 1º abril 1960, XCII, 2223/24, pág. 713).

2.—No se presume la ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento se justifican a la luz de las mismas pruebas.

3.—Ni el error de hecho es convertible en yerro de derecho, ni en principio es dable acusar por ambos errores como conjuntos en la estimación de una misma prueba.

4.—La pretensión del impugnante de contraponer su criterio al del Tribunal no es de recibo en casación, porque prevalece el concepto del juzgador mientras no sea desquiciado por error de hecho evidente, o por error de valoración legal, caso este último en que el ataque para ser eficaz requeriría la cita del texto legal violado.

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

(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 Buga, con fecha 17 de noviembre de 1962, en el juicio ordinario promovido por Abraham Castro López frente a Leonilde Quintero de Jaramillo.

— I —

EL LITIGIO

Abraham Castro López demandó ante el Juez 2º Civil del Circuito de Tuluá a María Leonilde Quintero de Jaramillo, en solicitud de que se declare que el actor es dueño del predio denominado "La Florida", ubicado en el paraje de San Rafael, municipio de Tuluá, de dieciseis (16) hectáreas de extensión, con cultivos de café, plátano, caña, pasto y casa de habitación y determinado por los linderos que el libelo expresa, y se condene a la demandada a restituir tal inmueble al demandante, más los frutos que haya producido o podido producir con mediana inteligencia y regular administración desde la contestación de la demanda hasta la fecha en que la entrega se efectúe.

Entre los hechos que se relacionan como fundamentales de la acción, pueden ponerse de relieve los siguientes:

Que el actor Castro López hubo el fundo por compra a Abel de Jesús Echeverri R., según escritura número 40 de 31 de mayo (sic) de 1950, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Tuluá;

Que Echeverri había adquirido, así: el terreno por adjudicación de baldío que le hizo el Ministerio de Agricultura y Ganadería, mediante resolución número 636 de 24 de julio de 1948, registrada el 30 de agosto del mismo año; y las mejoras por compra a Gabrielina Aldana, según escritura número 398 de 11 de septiembre de 1947, de la Notaría 1ª del mismo Circuito, habiendo la Aldana adquirídolas por compra a Carlos González según escritura número 313 de 22 de agosto de 1947, de la Notaría primeramente citada; y el cual González las había plantado a a sus expensas y con su esfuerzo personal;

que el actor, después de que adquirió la finca, continuó mejorándola y poniendo en ella su personal trabajo;

que así la poseyó quieta y pacíficamente, como dueño y señor único, hasta el 24 de mayo de 1957, fecha en la cual se presentó el Juez Iº Municipal de Tuluá, como comisionado del Juez 1º Civil del Circuito del mismo nombre, "a entregar esa finca y otro lote a linderos al señor Manuel Villegas González, en virtud de sentencia proferida en juicio ordinario de éste y Leopoldina Rojas contra Isaías Holguín y Jesús Ma. Pineda O.";

que en esa ocasión se opuso a tal entrega quien se encontraba en la finca a nombre y en representación de Castro López, su yerno Faustino Tapasco, cuya oposición no le fue atendida, por no tener en el acto papeles o documentos que justificaran su carácter;

que así se consumó por el comisionado un verdadero despojo, ya que Castro López "no fue parte en el juicio dentro del cual se verificó la entrega supradicha, en el que sólo intervinieron, como ya se ha dicho, en carácter de demandados, Holguín y Pineda, quienes no eran los poseedores de la finca cuya reivindicación se adelantó en el nombrado juicio";

que el predio "La Florida" linda con terrenos de que se presumían dueños o meros colonos Manuel Villegas y Leopoldina Rojas, de quienes derivan los siguientes títulos escriturarios: por escritura número 528 de 30 de mayo de 1951, de la Notaría de Tuluá, Villegas vendió a Juan Manuel Jaramillo la mitad de sus mejoras en la región de "Frazadas", encerrando en la venta la finca "La Florida" de Castro López, sin autorización de éste y por el contrario a sus espaldas. Por escritura número 297 de 2 de agosto de 1951, Leopoldina Rojas vendió a Dolores Cabal la otra mitad de las mismas mejoras, incluyendo también, como lo hizo Villegas, el predio "La Florida" de Castro López. La nombrada Cabal vendió luego a José Manuel Jaramillo esa mitad, según escritura número 400 de 25 de septiembre de 1951, otorgada en la Notaría 2ª de Tuluá. Jaramillo vendió a su vez a José Luis Peña por escritura número 986 de 21 de diciembre de 1957, de la misma Notaría. Y, finalmente, Peña transfirió a María Leonilde Quintero de Jaramillo "el predio de mejoras", por escritura número 175 de 21 de marzo de 1958, de la misma Notaría; y

que "la manifiesta mala fe con que obraron Villegas G. y la Rojas, es insólita y sus consecuencias se proyectan hasta la demandada señora María Leonilde Quintero de Jaramil o 'actual poseedora' del predio de Castro L., materia de esta demanda".

En su contestación, la demandada negó de los hechos del libelo los que pudieran ser favorables

al actor; aceptó los concernientes a las ventas hechas por Manuel Villegas y Leopoldina Rojas y a las que siguieron a ésta hasta llegar a la demandada Quintero de Jaramillo, aseverando que en aquellas transferencias no se incluyeron bienes de Castro; afirmó que el título de adjudicación de baldío que obtuvo clandestinamente Abel de Jesús Echeverri no es valedero contra la demandada, por no derivarse la posesión de aquél de quienes ciertamente habían descuajado la montaña y plantado las sementeras que hoy existen; se opuso en conclusión a que se otorguen las súplicas impetradas por el actor; y dijo denunciar el pleito a sus antecesores en el inmueble materia del litigio.

Esta denuncia no fue admitida por no haberse acompañado a la misma la prueba del título por el cual la demandada hubiera adquirido de Luis José Peña Quintero.

Por su parte, la demandada propuso libelo de reconvención contra Abraham Castro López, en impenetración de las siguientes declaraciones:

Que es absolutamente nula la adjudicación hecha por el Ministerio de Agricultura y Ganadería a Abel de J. Echeverri Restrepo bajo el número 634 de 24 de julio de 1948, por no haber poseído éste, ni sus antecesores, el inmueble, con veinte años de anterioridad, ni haber sido colonos cultivadores Carlos González, Gabrielina Aldana, el nombrado Echeverri, ni Castro López; que son "ineficaces y por lo tanto inválidas" las supuestas ventas que contienen las escrituras números 40 de 31 de enero de 1950, 313 de 22 de agosto de 1947 y 368 de 11 de septiembre de 1947, otorgadas en las notarías 2ª y 1ª del Circuito de Tuluá; y que Abraham Castro L. carece de título de dominio para reclamar la restitución del inmueble denominado "La Florida".

En subsidio, la reconvinciente Quintero de Jaramillo pidió se declare que ella "es dueña de las mejoras determinadas en el hecho 1º de esta demanda, de las cuales no puede ser despojada mientras no le sean pagadas, a justa tasación de peritos, y que el demandado debe el producto de tales mejoras desde el 31 de enero de 1950 en adelante hasta hoy, incluyendo frutos naturales y civiles, que deben ser tasados de conformidad con el artículo 553 del C. J.".

Replicó Castro L. a la demanda de reconvención, oponiéndose a sus peticiones y pidiendo que se le absuelva de los cargos en ella formulados.

Luego de producirse pruebas de una y otra parte, cerróse la primera instancia con fallo por el cual el juez del conocimiento resolvió lo siguiente:

"1º) NIEGANSE las súplicas que hace el señor apoderado de ABRAHAM CASTRO LOPEZ en el escrito de demanda fechado el 3 de noviembre de 1958, formulado contra María Leonilde Quintero de Jaramillo.

"2º) NIEGANSE asimismo las peticiones hechas por el señor Personero Judicial de María Leonilde Quintero de Jaramillo, en demanda de reconvención presentada el 5 de diciembre del año antes indicado.

"3º) CONDENASE en costas, por sus respectivas demandas, a Abraham Castro López y a María Leonilde Quintero de Jaramillo".

Contra este pronunciamiento se interpuso el recurso de apelación únicamente por el demandante, recurso en cuya virtud abrióse el segundo grado del juicio, en el que, luego de surtidas algunas pruebas de su parte, recayó la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de fecha 17 de noviembre de 1960, por la cual se revoca el punto primero de la parte resolutiva de la del inferior y, en su lugar, se declara que el demandante Abraham Castro López "es dueño absoluto, con mejor derecho que la demandada señora María Leonilde Quintero y sus tradentes, de la finca 'La Florida', ubicada en el paraje de San Rafael, municipio de Tuluá, de dieciséis hectáreas de extensión, con cultivos de café, plátano, caña, pastos, con casa de habitación y una casa-bodega para beneficio del café", comprendida dentro de los linderos que la misma resolución expresa; se condena a la demandada Leonilde Quintero de Jaramillo a restituir al actor la mencionada finca; se dispone que las prestaciones mutuas se regularán por el procedimiento del artículo 553 del C. J., considerándose a la demandada como poseedora de buena fe; se niega por improcedente la súplica de que se ordenase cancelar en el registro las inscripciones de las escrituras de que tratan los hechos 13, 14, 17, 18 y 19 de la demanda; y se condena en costas a la demandada.

Interpuesto por la misma, contra la decisión del Tribunal, el recurso de casación y, habiendo recibido éste el trámite pertinente, se procede a su despacho.

— II —

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Sus consideraciones fundamentales pueden resumirse así:

Que, con las copias de los respectivos documentos, sus notas de registro y el certificado de tradición del fundo, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tuluá "está probado plenamente dentro del juicio": que Abraham Castro López compró a Abel de Jesús Echeverri Restrepo, por medio de la escritura número 40 de 31 de mayo de 1950, de la Notaría 2ª de Tuluá, el predio rural denominado "La Florida", cuyas especificaciones se señalan en el hecho primero de la demanda; que Echeverri Restrepo adquirió el terreno, por adjudicación de baldío que le hizo el Ministerio de Agricultura y Ganadería mediante la Resolución número 634 de 24 de julio de 1948, registrada el 30 de agosto del mismo año, y las mejoras por compra a Gabrielina Aldana, según la escritura número 368 de 11 de septiembre de 1947, de la Notaría 1ª de la misma ciudad, mejoras que la mencionada Aldana hubo por compra a Carlos González G., mediante la escritura número 313 de 22 de agosto de 1947 de la Notaría de Tuluá.

La adjudicación del terreno de "La Florida" hecha a Abel de Jesús Echeverri Restrepo por medio de la Resolución número 634 de 24 de julio de 1948, está amparada por la presunción de derecho establecida en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, por haber transcurrido más de un año desde la fecha de la inscripción de esa providencia, la que se efectuó el 30 de agosto de 1948. Así que la calidad de baldío del terreno, cuando le fue adjudicado a Echeverri Restrepo, no admite prueba en contrario, conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 66 del C. C. Lo que quiere decir que, tanto al referido título de Echeverri Restrepo, como al consistente en la venta que éste hizo a Castro López por la escritura número 40 de 31 de mayo de 1950, les es inoponible cualquier otro título sobre propiedad particular del mismo suelo. Además, desde el momento de la compraventa, Castro López comenzó a poseer materialmente el predio adquirido y las mejoras plantadas en él, que también fueron objeto de tal contrato, ensanchando los cultivos que en el predio habían puesto los colonos Gabrielina Aldana y Carlos González, y construyendo otras mejoras, entre ellas una casa-helda, como lo declaran en forma clara, responsiva y conteste en circunstancias de modo, tiempo y lugar, los testigos Antonio González, Ramón Elías Parra, Miguel Castillo y Fidel Antonio Gómez Henao, todos los cuales afirman que dicha posesión material de Abraham Castro López sobre la finca "La Florida" se prolongó desde el año de 1950 en que la compró, hasta el año de 1957.

Como reza la copia de la diligencia de entrega de 24 de mayo de 1957, efectuada en el juicio ordinario de Manuel Villegas González y Leopoldina Rojas contra Isaías Holguín y Jesús María Pineda, en la casa del lote a que se refiere la sentencia allí proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Tuluá con fecha 12 de junio de 1950, se encontró habitando a la esposa de Libardo Antonio Tabua, "quien enterada del motivo de esta diligencia manifestó que ocupan la finca a nombre de su tío Abraham Castro". También consta en esa acta que en el predio materia de la diligencia existe otra casa inconclusa o casa-helda, de edificación nueva que fue construída por Faustino Tapasco y el señor Abrahám Castro; que Tapasco "se opuso a la diligencia alegando que el dueño del predio era el citado señor Castro López, su suegro. Pero el juez comisionado no atendió la oposición y por lo tanto llevó a cabo la entrega, pretermitiendo las claras disposiciones de los artículos 552, 882, 883 y 884 del C. J.".

Por otra parte, según copia del auto interlocutorio dictado por el Juez 1º Civil del Circuito de Tuluá en un juicio ejecutivo promovido por Manuel Ignacio Fonseca contra Manuel Villegas y otra, el dicho funcionario declaró que Abraham Castro López era "legítimo poseedor del predio de dieciséis plazas con cultivos de café, plátano, casa de habitación, etc., a que hace referencia su oposición dentro de la diligencia de 30 de agosto de 1951, y que esa posesión debe ser respetada. Esta providencia, que fue confirmada por el Tribunal, demuestra fehacientemente que en el año de 1951 el señor Abrahám Castro López estaba ejerciendo la posesión material del predio materia del presente juicio, lo cual refuerza lo expuesto por los testigos ya citados".

Reconoce la parte demandada que el lote determinado en el hecho primero de la demanda hace parte de la finca denominada "La Floresta", y afirma que Ramón Antonio Torres Tejada, antecesor en el dominio y posesión de ella, obtuvo que la Alcaldía de Tuluá le prestara protección mediante una diligencia de *statu quo* de 15 de julio de 1943, pero que Isaías Holguín y Jesús María Pineda siguieron ocupando el predio, por lo cual Manuel Villegas González y Leopoldina Rojas hubieron de proponer juicio de reivindicación con base en las escrituras números 808 de 17 de agosto de 1943 y 609 de 17 de mayo de 1944, por las cuales Torres Tejada vendió el inmueble de "La Floresta" a Manuel Ignacio Fonseca y éste a su vez transfirió a Ma-

nuel Villegas González y Leopoldina Rojas. Mas, "estas escrituras no sólo no son oponibles a la Resolución número 634 de 24 de julio de 1948, dictada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, debido a la presunción de derecho que hace invulnerable dicho título, sino que la prueba de su existencia no fue traída al expediente por la parte interesada".

En cuanto a los títulos aducidos por parte de la demandada desde la escritura número 175 de 21 de mayo de 1958, mediante la cual ella compró la finca "La Floresta" a José Luis Peña Quintero y hacia atrás hasta la número 528 de 30 de mayo de 1951, en que se contiene una venta de la mitad del referido inmueble, de Manuel Villegas a Juan Manuel Jaramillo Martínez, "todos se refieren a mejoras agrícolas fundadas sobre terreno que se reputa baldío o de la Nación".

Trátase, pues, de establecer cuál de los títulos de propiedad sobre las mejoras agrícolas que existen en la finca "La Florida" debe prevalecer: si el que se recoge en la escritura número 40 de 31 de mayo de 1950, por la cual Abraham Castro López compró terreno y mejoras a Abel de Jesús Echeverri R.; o el que se contiene en la escritura Nº 175 de 21 de marzo de 1958, por la que José Luis Peña Quintero vendió a María Leonilde Quintero de Jaramillo "el derecho de dominio y propiedad que el exponente tiene en unas mejoras agrícolas, consistentes en cultivos de café, plátano, pastos, etc. y casa de habitación, de una extensión superficiaria de cuarenta plazas, ubicadas en la región de Piedritas, corregimiento de Frazadas, municipio de Tuluá, denominadas "La Floresta". Siendo de advertir que, según el dictamen del perito tercero Manuel A. Rincón, que no fue objetado, de las referidas cuarenta plazas atribuídas en la escritura número 175 a la finca "La Floresta", veinticinco corresponden a la finca "La Florida".

Además, "los testigos Antonio González, Ramón Elías Parra, Miguel Castillo y Fidel Antonio Gómez Henao declararon, con ligeras variaciones, que no cambian el fondo de los hechos afirmados, que les consta personalmente que los colonos señores Gabrielina Aldana y Carlos González plantaron y poseyeron, antes de 1947, las mejoras del predio "La Florida" que después perteneció al señor Abel de Jesús Echeverri R."; y relatan las mejoras que este predio tenía, cuando era del mismo Echeverri, y las que puso luego su comprador Abraham Carlos López.

Así que, para el Tribunal, las pruebas llevan "a la plena convicción de que es mejor el título sobre propiedad de las mejoras plantadas dentro de la finca "La Florida" presentado por el actor que el exhibido por la demandada, con fundamento en las siguientes razones:

"1ª—Porque la escritura número 40 de 31 de enero de 1950 es más antigua que la número 175 de 21 de marzo de 1958;

"2ª—Porque el título inscrito de las mejoras que componen la finca "La Florida", a favor del demandante Castro López, está respaldado por medio de la prueba del ejercicio de ese derecho a través de la posesión material ejercida por Castro López, hasta el momento en que fue despojado de ella con motivo de la diligencia de entrega verificada el 24 de mayo de 1957 por comisión del Juez Primero Civil del Circuito de Tuluá;

"3ª—Porque la sentencia en virtud de la cual fue despojado Abraham Castro López de la posesión de dichas mejoras fue pronunciada en un juicio ordinario reivindicatorio en el que no fue parte; y

"4ª—Porque Abraham Castro López, poseedor de las mejoras del predio 'La Florida', materia de la reivindicación, debe ser reputado dueño, ya que la demandada no ha justificado serlo a través de sus antecesores en el título y en esa misma época o con anterioridad".

Finalmente, afirma el sentenciador que debe conservarse intacto lo resuelto por el *a quo* acerca de la demanda de reconvención interpuesta por María Leonilde Quintero de Jaramillo, en cuanto el fallo de primera instancia no fue apelado por parte de ésta.

— III —

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Cuatro cargos plantea el libelo de casación, correspondientes uno a la causal séptima del artículo 520 del C. J., otro a la segunda y los dos últimos a la primera, siendo de advertir que ésta no se invoca expresamente y apenas se induce de la índole de los respectivos reparos.

Se estudiarán conjuntamente los dos primeros cargos, por fundarse ambos en una misma circunstancia, de que el impugnante pretende sacar sus argumentos en relación con las causales séptima y segunda.

Cargo primero.—Se hace estribar en que, habiéndose fallado por el juez *a quo*, tanto la demanda principal como la de reconvención, en una sola sentencia, según lo dispone el artículo 743 del C. J., bastaba que cualquiera de las partes apelase para que el Tribunal debiera conocer de ambas acciones al desatar el recurso, pues siendo uno solo el fallo, no podía el *ad quem* resolver sobre una de ellas y abstenerse de decidir sobre la otra, quebrantando la unidad del pronunciamiento, contra lo prevenido en el citado artículo 743. Quiere decir que el sentenciador, al dejar de resolver sobre la reconvención, incidió en la causal 7ª, que consistía en "haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo".

Cargo segundo.—Alégase que, si el Tribunal procedió a fallar sobre la acción de la demanda principal, necesariamente debió hacerlo "sobre la petición subsidiaria" que contiene la demanda de reconvención, en lo tocante con el reconocimiento impetrado por la demandada, de "las mejoras de que fue adquirente, para que se le pagaran a justa tasación de peritos, con sus frutos naturales y civiles, punto que tiene íntima relación con los pedimentos de la demanda principal, toda vez que de allí se desprende un derecho de retención que el H. Tribunal debió reconocer, aun de oficio, como lo dispone el artículo 22 de la Ley 200 de 1936, disposición que se dejó de aplicar, lo mismo que el artículo 21 de la misma ley, pues estando probada la existencia de las mejoras adquiridas por mi mandante, era obligación del fallador ordenar su reconocimiento, mediante los factores que determina el artículo 22 antes citado". Quiere decir que, habiéndose dejado de resolver sobre la materia que informa la petición subsidiaria de la demanda de reconvención, la sentencia peca por no estar en consonancia con esa pretensión oportunamente deducida.

LA CORTE CONSIDERA:

Brilla, como una verdad en el juicio, el hecho de que la demanda de reconvención interpuesta por Leonilde Quintero de Jaramillo fue despachada de modo definitivo mediante el pronunciamiento del juez *a quo*, en cuya parte resolutiva, punto segundo, se niegan, sin discriminación alguna, sus peticiones. Quedóle así rechazada la súplica subsidiaria para que se le reconociese el dominio de las mejoras litigadas y no se le despojase de las mismas mientras no le fueran pagadas por Abraham Castro López.

Ese fallo de primera instancia, en su parte desestimatoria de la demanda de reconvención asumió la fuerza de cosa juzgada, desde el propio momento en que la contrademandante omitió interponer contra el mismo el recurso de alzada. Porque, si la acción de reconvención tiene su entidad propia, independiente de la principal, frente a la cual importa una pretensión distinta, es obvio que el recurso de apelación que contra la sentencia de primer grado, denegatoria de ambas acciones, interpuso el demandante de la principal, mal puede aprovechar al instaurador de la mutua petición, que dejó pasar el fallo sin alzarse contra el mismo, para que en el recurso se ventile de nuevo su pretensión. Ello es consecuencia indefectible de principios tales como el de que la apelación únicamente se abre en interés del apelante, entendiéndose sólo interpuesta en cuanto a lo que de la providencia recurrida le fue adverso (art. 494 C. J.), y el de que el fallo favorable que en la alzada se pronuncie sólo aprovecha a quien hizo uso del recurso y a los litigantes que con él forman una sola parte (art. 486 ibid). Vale decir que el presente litigio, en lo concerniente a la demanda de mutua petición, por haberse clausurado con el fallo de primer grado, no hizo tránsito a la segunda instancia. Entonces, el Tribunal, frente a lo ya resuelto por el inferior y que no le fue sometido a su conocimiento, no tenía por qué ocuparse de revisarlo para decidir sobre ello en sentido alguno.

Es así acertada la consideración que al respecto hizo el sentenciador en el pasaje que reza: "Como el fallo revisado fue objeto de apelación solamente por la parte actora, debe conservarse intacto lo resuelto en su punto segundo que trata sobre las peticiones hechas por el apoderado de la demandada María Leonilde Quintero de Jaramillo en su libelo de reconvención".

Y si en campo de hipótesis y en orden a una cuestión de mera forma se hubiese requerido de una resolución del Tribunal que dejara en pie lo resuelto por el *a quo* acerca de la demanda de reconvención, esa exigencia se encontraría cumplida en el aparte que de la motivación de la sentencia de segunda instancia se acaba de transcribir, porque no obstante su colocación dentro de lo considerativo de la providencia, tendría tal pasaje por su misma índole fuerza decisoria en cuanto a la necesidad de conservar intacto lo fallado en el punto por el juez. A este respecto, la Corte tiene dicho lo siguiente: "Si bien el asiento de la fuerza obligatoria de una sentencia ha de buscarse en su parte resolutiva,

en razón de lo dispuesto por el artículo 471 del Código Judicial, ello no significa que, para analizar el alcance de la parte resolutiva, haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta, como un postulado autónomo, sino que su sentido y alcance han de entenderse en armonía con los fundamentos aducidos en la motivación, en cuanto constituyan los supuestos necesarios o determinantes del pronunciamiento. Y es más: como el objetivo de la función del Juez en el proceso de conocimiento es el acto de decisión, en el que se concreta la voluntad de la ley, debe entenderse que ese acto decisorio se recoge, no solamente en el sector del fallo formalmente destinado a servir de sede de la sentencia, sino allí en donde quiera que por ésta se decida algún punto de la controversia, con esa específica significación y, por lo tanto, con destino a producir fuerza de cosa juzgada sustancial". (Sentencia de casación de 12 de julio de 1965, en juicio de Aurelio Marconi Palacio contra Carlos Eugenio Lemus Jácome, aún no publicada en G. J., y en que se citan las siguientes: cas. civ. 31 octubre 1936, XLIV, 1913/19, pág. 461; S. Negs. Gns. 25 marzo 1941, LI 1973/74, pág. 721; cas. civ. 11 febrero 1948, LXII, 2057/58, pág. 664; cas. Lb. 1º abril 1960, XCII, 2223/24, pág. 713).

Lo expuesto hace ver que carecen de todo arraigo los cargos formulados en relación con las causales séptima y segunda, los que en consecuencia se rechazan.

Cargo tercero.—Impútasele al sentenciador la falta de apreciación de las pruebas consistentes en la inspección ocular de fecha 26 de abril de 1945 que se practicó en la finca "La Floresta" dentro del juicio ordinario de Manuel Villegas y Leopoldina Rojas contra Isaías Holguín y Jesús María Pineda, y en la sentencia de 12 de junio de 1950 proferida en el mismo juicio, piezas que, al ser aducidas de conformidad con el ordinal 2º del artículo 597 del Código Judicial, debieron ser consideradas por el Tribunal.

Por la falta de estimación de tales documentos, hubo apreciación errónea de la prueba testimonial que el Tribunal encontró en las declaraciones de Antonio González, Ramón Elías Parra, Miguel Castillo y Fidel Antonio Gómez Henao, quienes, según él, declararon, con ligeras variaciones, constarles que los colonos Gabrielina Aldana y Carlos González plantaron y poseyeron, antes de 1947, las mejoras del predio "La Florida", que después perteneció a Abel de Jesús Echeverri R., a quien compró Abrahám Castro López.

Si el fallador hubiera apreciado la referida inspección ocular de 26 de abril de 1945, donde consta que el juzgado en asocio de peritos visitó la finca "La Floresta", para su identificación, y no encontró más ocupantes que los entonces demandados Isaías Holguín y Jesús María Pineda, quedaría evidenciado que los nombrados testigos Antonio González, Ramón Elías Parra, Miguel Castillo y Fidel Antonio Gómez Henao declararon una falsedad al afirmar que la Aldana y Carlos González plantaron allí mejoras y poseyeron el fundo antes de 1947, pues tiene mayor fuerza lo inspeccionado por el Juez en 1945, que lo que afirman en el presente juicio tales declarantes sujetos a un cuestionario propuesto por la persona en cuyo favor deponen. En presencia de la inspección y de la sentencia susodichas, esos testimonios no tienen ningún valor y "por tanto erró el H. Tribunal en su apreciación, porque debió prescindir de ellos, dejando así de aplicar el artículo 702 del C. J. y el artículo 632 ibídem".

Si se hubieran desestimado los dichos testimonios, y admitídose como prueba la inspección ocular de 1945 para comprobar que los tradentes Gabrielina Aldana y Carlos González no plantaron ni poseyeron porque no estaban en la finca cuando se hizo tal inspección, necesariamente el Tribunal habría concluído por admitir la falta de causa en Abel de J. Echeverri Restrepo para demandar del Estado la adjudicación del terreno a título de colono cultivador, y habría declarado la nulidad de la adjudicación hecha a favor de éste por el Ministerio de Agricultura y Ganadería. "En esta forma, dejaron de aplicarse las disposiciones sustantivas que contienen los artículos 1740, 1741 y 1524 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, aplicables a la nulidad de tal adjudicación".

Aún más, al dejar de apreciarse la inspección ocular y la sentencia referidas, y aun admitiendo el valor de la adjudicación que se hizo a Abel de J. Echeverri Restrepo, dejó de reconocerse el derecho de María Leonilde Quintero de Jaramillo como causahabiente de mejoras, omitiendo aplicar el artículo 12 de la Ley 71 de 1917, que prohibe al adjudicatario privar a los colonos o cultivadores de sus cultivos, sin comprobar plenamente ante la correspondiente autoridad judicial que se les ha pagado el justo precio de sus habitaciones y labranzas y que aquéllos renuncian a su carácter de colonos o cultivadores.

LA CORTE CONSIDERA:

No es exacto que el Tribunal omitiera apreciar la sentencia de 12 de junio de 1950 recaída en un juicio reivindicatario seguido por Manuel Villegas y Leopoldina Rojas contra Isaías Holguín y Jesús María Pineda, en que no fue parte el actor del presente juicio Abraham Castro López. Por el contrario, el Tribunal sí apreció esa prueba, para desestimarla por la ya conocida razón de que aquel fallo, en cuya virtud se despojó a Castro López de la posesión de las mejoras, fue pronunciado en litis a que éste era ajeno.

Por otra parte, no se presume la ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento se justifican a la luz de las mismas pruebas. Ahora bien: no cabe suponer aquí que el Tribunal, al estimar como lo hizo las declaraciones de los testigos González, Parra, Castillo y Gómez Henao, hubiera ignorado la susodicha inspección ocular de 26 de abril de 1945; sino que ésta en punto de valoración no era oponible como prueba a Castro López, desde el momento en que la diligencia se produjo en juicio en que él no era parte, estando, por lo tanto, sometida a la misma idéntica consideración en que el Tribunal se fundó para desestimar la sentencia proferida en aquel juicio; y porque esa inspección, si tuviese mérito contra Castro López, apenas probaría que, el 26 de abril de 1945, en el momento de realizarse ella, no se encontraba en la finca "La Floresta" Carlos González, remoto antecesor de Castro López en el dominio de las mejoras de la porción denominada "La Florida", pero por sí misma no demostraría con necesidad ineludible que Carlos González no tuviese mejoras en esta porción, o que no las hubiera puesto luego en el tiempo corrido del 26 de abril de 1945 al 1º de enero de 1947. Por lo cual, no resulta que el sentenciador hubiese incurrido en error alguno ni de hecho, ni de derecho, al apreciar, admitiéndolas, las declaraciones de los testigos de que se trata, en el sentido de que Gabrielina Aldana y Carlos González plantaron y poseyeron, antes de 1947, las mejoras del predio "La Florida" que después perteneció a Abel de Jesús Echeverri.

Como el impugnante le imputa al juzgador la falta de aplicación de los artículos 702 y 632 del C. J. —error de derecho—, que parece deducir de la pretendida falta de apreciación de la inspección ocular y la sentencia aludidas y de la equivocada apreciación de los testimonios mencionados —error de hecho—, cabe advertir que fuera de no ser de recibo en el recurso este procedimiento argüitivo, dado que el error de hecho no es convertible en yerro de derecho, ni en principio es dable acusar por ambos errores cosa conjuntos en la estimación de una misma prueba, no se ve la coherencia que los preceptos últimamente citados tengan en el ámbito del reparo que se contempla. Porque, el artículo 702 se refiere al supuesto de que sobre un mismo punto se presenten exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, hipótesis que no asoma aquí por parte alguna; y porque el principio del artículo 632 según el cual "hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos", los que el mismo texto relaciona, está supeditado a los imperativos de publicidad y contradicción que informan el artículo 597 ibidem, en cuya virtud los medios trasladados de un juicio a otro no son oponibles en éste al litigante ajeno a dichos medios, que no fue parte en el primero y en el que por lo mismo no tuvo la oportunidad de impugnarlos, ni de desvirtuarlos oportunamente con pruebas en contrario, como también supeditado al principio de la relatividad de las sentencias judiciales que, con arreglo a los artículos 17 del C. civ. y 473 y 474 del C. J., sólo tienen fuerza obligatoria respecto de las personas en relación con las cuales fueron pronunciadas.

Ninguna fuerza tiene el reparo de que, si el Tribunal hubiese acogido la inspección ocular de 1945 y desestimado los susodichos testimonios, habría encontrado falta de causa en la adjudicación del baldío a Abel de Jesús Echeverri, y en consecuencia declarado la nulidad de esa adjudicación. Porque, siendo inatendibles, como ya se vió, los antecedentes del cargo, éste no procede; y porque esa resolución, acto administrativo que se presume expedido con el lleno de los requisitos legales respectivos, tiene todo su valor mientras no haya sido invalidada por la jurisdicción competente. Mal pudo entonces el Tribunal violar, por falta de aplicación, los artículos 1740, 1741 y 1524 del C. civ. y 2º de la Ley 50 de 1936.

Tampoco hubo de infringir por la misma causa el Artículo 12 de la Ley 71 de 1917, por no ser pertinente al caso, dado que, en relación con las mejoras, lo que el Tribunal contempló fue una disputa entre las partes del presente juicio acerca de la propiedad de las mismas, propiedad que encontró estar en cabeza, no de la demandada, sino del demandante. A este respecto, el sentenciador halló que no hay prueba alguna en el expediente, de las escrituras números 898 de 17 de

agosto de 1943 y 609 de 17 de mayo de 1944, que invoca la demandada como antecedentes del derecho que pretende tener en las mejoras, y que, en el cotejo de los títulos, el de Castro López es más antiguo que el aducido por la Quintero de Jaramillo. Por lo tanto, no habiéndose desvirtuado en el recurso este supuesto de la sentencia, mal pudo violarse el citado artículo 12 de la Ley 71 de 1917, sólo aplicable al caso de que, al adjudicarse un baldío, existan en éste mejoras de terceros colonos o cultivadores.

Cargo Cuarto.—Se hace consistir, tanto en la falta de apreciación del documento de 5 de julio de 1961 (sic), por el cual Juan Manuel Jaramillo Quintero nombra como administrador de la finca "La Floresta" a Alberto Salgado Valencia, como en la apreciación errónea de la prueba testimonial que forman las declaraciones de Hernando Rengifo, Raúl Muñoz y Luis Rico.

En relación con lo primero, alega el impugnante que por no haberse considerado aquel documento como prueba escrita, se tuvo cual poseedora del predio a Leonilde Quintero y no a Juan Manuel Jaramillo Quintero, contra quien no se ha instaurado juicio, por lo cual caería la demanda, aplicándose el artículo 952 del Código Civil, que no se tuvo en cuenta.

Y en cuanto a lo segundo, arguye que los referidos declarantes, sin dar la razón de su dicho, se limitan a afirmar que la poseedora es Leonilde Quintero, quien, por no haberlo podido administrar siempre, ha tenido un administrador o agregado; que uno de tales deponentes, el llamado Raúl Muñoz, declara que en el año de 1960, estando en Tuluá, se encontró con María Leonilde Quintero buscando trabajadores y ésta "le dijo que si venía a trabajar cogiendo café en la finca de 'La Florida'". Pero, que no expresaron esos declarantes cuáles son los hechos constitutivos de posesión ejecutados por la Quintero de Jaramillo, por lo cual se infringieron el artículo 981 del C. civ., "al admitir esa prueba para comprobar la posesión de la demandada", y el 696 del C. J., "al admitir el solo testimonio de Raúl Muñoz como plena prueba de que la señora Quintero de Jaramillo buscara trabajadores para la finca 'La Florida', sin expresar a quién pertenecía".

LA CORTE CONSIDERA:

No es exacto que el Tribunal no hubiera apreciado el documento de 5 de julio de 1962 —y no de 1961 como lo cita el recurrente—, suscrito por Juan Manuel Jaramillo Quintero y Jesús Alberto Salgado Valencia. Bien al contrario, el sentenciador se ocupó de tal documento, advirtiendo que, en la diligencia de inspección ocular practicada a la finca de "La Florida" el día 13 de los mismos mes y año, le fue presentado por Jesús Alberto Salgado Valencia "quien dijo estar allí como administrador y por cuenta del señor Juan Manuel Jaramillo Quintero, hijo de la señora María Leonilde Quintero v. de Jaramillo", y el cual "hijo de la demandada, se dice propietario, aunque quien alega y tiene los títulos sobre la finca 'La Floresta' es aquélla". Y estas circunstancias, aunadas a los testimonios de los declarantes Rengifo, Muñoz y Rico a que se refiere el impugnante, le sirvieron al Tribunal para concluir que, en la segunda instancia, con tales medios se "demostró la posesión material del predio en litigio por parte de la demandada".

Es de advertir que el recurrente no ataca la apreciación de estas declaraciones por error de hecho, sino que, alegando como si estuviera en instancia, se limita a hacer la crítica de las mismas, considerándolas imprecisas y no fundadas. Pero esta pretensión de contraponer el criterio del impugnante al del Tribunal tampoco es de recibo en casación, porque prevalece el concepto del juzgador mientras no sea desquiciado por error de hecho evidente, o por error de valoración legal, caso esto último en que el ataque para ser eficaz requeriría la cita del texto legal violado. Esto último, empero, sólo se ha hecho con relación a la estimación del testimonio de Raúl Muñoz, del cual dice el impugnante que, por ser único, su admisión por el sentenciador violó el artículo 696 del C. J. Sin embargo este reparo es intrascendente, porque, en primer lugar el testimonio de que se trata versa sobre una circunstancia que apenas sería en cierto modo corroborativa de lo dicho por los otros declarantes, y en segundo término, el artículo 696 no quita todo mérito a la declaración de un solo testigo, sino que le atribuye valor de "presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición". Y por este aspecto valoratorio no fue impugnada la apreciación del juzgador.

Pero, si los motivos de censura que este capítulo contiene fuesen fundados, todavía así no tendrían ninguna repercusión contra la sentencia recurrida, porque la calidad de poseedora de la demandada se encuentra establecida con su propia demanda de reconvención, en donde bajo la petición subsidiaria impetró la declaración de ser ella dueña de las mejoras y no poder ser despojada de las

mismas mientras no le sean pagadas. Ello pone de relieve su carácter de poseedora, de que además hizo confesión en la escritura número 175 de 21 de marzo de 1958, de la Notaría 2ª de Tuluá (fs. 88 y 89 C. 3), en donde, comprando a Luis José Peña Quintero las mejoras agrícolas de que allí se trata, se declaró "en posesión real y material de lo adquirido a su más entera satisfacción".

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 diez y siete (17) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

Contra quiénes puede instaurarse la acción y efectos de las sentencias.- No es necesario que el consanguíneo del pretenso padre haya aceptado la herencia de éste para que contra él pueda ejercerse la acción de filiación natural.- Cuando ésta se promueve contra parientes del presunto padre, no se requiere demostrar la defunción de otras personas que, de existir, tendrían vocación sucesoral preferente a la de los demandados.

1.—La acción de reclamación del estado civil de hijo natural debe ser propuesta frente al padre presunto como contradictor legítimo. Esta es la regla general que consagran los arts. 401, 402 y 403 del C. Civil, 4º y 7º de la Ley 45 de 1936. Y el fallo que decide la acción ventilada entre contradictores legítimos produce efectos erga omnes.

Puede suceder que no exista el padre por haber fallecido, caso en el cual la misma acción se promueve frente a sus herederos. Así se deduce de lo prescrito por el art. 404 del C. Civil, aplicable también a la filiación natural, según el citado art. 7º de la Ley 45. En este supuesto, el fallo que resuelva el problema de la filiación sólo produce efectos relativos, esto es, que no aprovecha ni perjudica sino a los herederos que fueron llamados a la litis.

2.—Como lo tiene dicho la Corte (LXXIII, 2119, 266), la acción de filiación natural puede promoverse y ventilarse no sólo frente al pretenso padre o a los herederos que lo representan cuando él ha fallecido, sino también "frente a otras personas con quienes el presunto hijo natural quiera definir situaciones jurídicas originadas en dicho estado, y que desde luego, no tienen por qué circunscribirse al simple derecho de heredar patrimonialmente al padre". Instaurada esa acción frente al padre como contradictor legítimo, la sentencia que decide la litis produce efectos generales o erga omnes, y propuesta contra los herederos del padre o frente a otras personas, los efectos del fallo son simplemente relativos, esto es, que no afectan sino a quienes fueron citados al juicio.

Y aún más: cuando la acción dicha se promueve frente a personas que, por su parentesco con el pretendido padre natural, son llamadas a heredarlo, no hay necesidad de probar que esos demandados aceptaron la herencia del causante para considerarlos como sus representantes. Basta demostrar el parentesco para que esas personas queden legitimadas en causa como sujetos pasivos de tal acción, en virtud del vínculo establecido entre ellas y el supuesto padre. No sucede lo mismo cuando el título de heredero proviene, ya no del parentesco, sino de una institución testamentaria, porque entonces sí se requiere que el heredero instituido acepte la herencia a fin de que se lo pueda tener como sucesor y representante del presunto padre natural. Así lo expuso la Corte en casaciones de 7 de julio de 1954 (LXXVIII, 2144, 42) y de 20 de febrero de 1957 (LXXXIV, 2177, 78), sin olvidar en la primera de esas providencias que la propia acción de filiación es aún viable contra el heredero que repudia la herencia que se le defirió por su parentesco con el citado presunto padre.

Las premisas anteriores permiten concluir que, cuando se promueve la acción de filiación frente a personas a quienes se califica de herederos del presunto padre, por su comprobado parentesco con éste, no se requiere ni es jurídico exigir que también se demuestre la defunción de otras personas que, de estar vivas, tendrían vocación sucesoral preferente a la de los demandados, porque la naturaleza personal de tal acción permite ventilarla aún frente a quienes no son herederos y porque el fallo que decide la litis no afecta en nada a quienes no fueron llamados al mismo juicio. Esta es la doctrina que se asentó en la mencionada casación de 20 de octubre de 1952 (LXXIII, 2119, 287) y que determina el corolario de que, en la especie prevista, la falta de prueba de la inexistencia de herederos de mejor derecho no entraña la ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en quienes fueron demandados como sucesores del pretendido padre ni conduce a pronunciamiento inhibitorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., julio diecinueve de mil novecientos sesenta y seis.

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

Las señoritas María Luisa, Mary del Carmen y Gloria Inés Torres demandaron ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá a las señoras Blanca, Arminda y Anatilde González González, en su calidad de hermanas legítimas y herederas del difunto Efraín González González, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que las demandantes son hijas naturales y herederas del nombrado causante Efraín González González, se condenase a las demandadas a restituir a las actoras las cuotas hereneiales que les corresponden y se hicieran otros pronunciamientos, accesorios.

Los hechos de la demanda expresan, en resumen, que desde comienzos del año de 1939 hasta el mes de mayo de 1962, el señor Efraín González González inició y mantuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con la señora Dolores Torres Roncancio, madre natural de las demandantes; que esas relaciones se cumplieron primero en Saboyá y posteriormente en Bogotá; que de ese trato sexual entre González y la señora Torres nacieron tres niñas, así: María Luisa, en Saboyá, el 31 de marzo de 1940, Mary del Carmen en Bogotá, el 5 de septiembre de 1951, y Gloria Inés, en Bogotá, el 28 de febrero de 1957; que González y la señora Torres mantuvieron comunidad de habitación y que el primero atendía a los gastos de alojamiento, manutención, servicios médicos, drogas, vestuario y demás necesidades de la segunda; que la misma Torres era soltera cuando nacieron sus tres hijas; que González le prodigaba a la Torres toda clase de cuidados y atenciones y le proporcionaba medios económicos como si se tratase de una esposa, y que a su vez la citada Torres atendía a González y le guardaba fidelidad como si fuera su esposo; que durante más de diez años González proveyó en forma notoria a la crianza y educación de las señoritas María Luisa, Mary del Carmen y Gloria Inés Torres, que les pasaba todo lo necesario para su subsistencia y que, cuando él estaba en Bogotá, hacía llegar con amigos y familiares a la señora Torres lo que ésta y sus hijas necesitaban para su sostenimiento; que González estaba convencido de que era el padre de las demandantes y que por ello solicitó a varias personas que les sirvieran de padrinos de bautismo a las mismas actoras; que los parientes de González conocieron las relaciones de éste con la Torres y que su madre, sus hermanas y otros deudos tenían a las demandantes como hijas del propio González; que éste daba a la Torres y a sus hijas el tratamiento de esposo y padre y que ello fue notorio en Saboyá y en Bogotá; que González falleció el 25 de mayo de 1962, que su juicio mortuorio fue abierto en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Chiquinquirá y que las demandadas son hermanas legítimas del dicho causante y tienen en su poder los bienes dejados por éste.

Por medio de sus representantes las demandadas contestaron la demanda manifestando que se oponían a las pretensiones de las actoras y negando los hechos allí expuestos.

El Juez del conocimiento cerró la primera instancia del juicio con el fallo de 28 de noviembre de 1963, en el cual se resolvió:

"Primero. - Declárase que María Luisa, Mary del Carmen y Gloria Inés Torres o González, la primera mayor de edad y las dos últimas menores, vecinas de Bogotá, tienen la calidad legal de hijas naturales del señor Efraín González González, fallecido en el Municipio de Saboyá el día veinticinco de mayo de 1962. Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 370 del C. C.

"Segundo. - Las personas nombradas en la declaración anterior tienen el carácter de herederas legítimas, en su condición de hijas naturales, con exclusión de las demandadas, hermanas del causante, señoras Blanca González de Castillo y Arminda González de Rojas y Anatilde González González, pero sin perjuicio de otros herederos concurrentes en el mismo orden sucesoral, si los hubiere.

"Tercero. - Que en consecuencia de lo anterior, las herederas María Luisa, Mary del Carmen y Gloria Inés Torres o González Torres tienen derecho a que se les adjudique la herencia del señor Efraín González González, su padre, natural, con exclusión de las demandadas, pero sin perjuicio de herederos de mejor derecho, en la proporción que la ley señala y se les entreguen en la misma proporción las cosas hereditarias, corporales o incorporales, y no solamente las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia.

"Cuarto. - Condénase a los demandados, como poseedores de buena fe, a restituir a los demandantes los frutos percibidos durante el término de su administración de los bienes relictos, ora los inmuebles, ora los semovientes, y los que hubieren dejado de percibir por el mismo concepto, si con ellos hubieren tenido y ejercido la administración con diligencia y cuidado a la manera de un buen padre de familia. - Liquídense (artículo 553, C. J.).

"Quinto. - No hace la declaración impetrada en la petición tercera por estar involucrada en las demás condenaciones, ni en la petición quinta, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

"Sexto. - Condénase en costas a las demandadas.

"Séptimo. - Declárase no probadas las excepciones".

LA SENTENCIA ACUSADA

La parte demandada se alzó contra el fallo de primer grado y, luego de surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja profirió la sentencia de 26 de mayo de 1964, por la cual revocó la decisión apelada y en su lugar se inhibió de resolver el negocio en el fondo por falta del presupuesto procesal de capacidad para ser partes en las demandadas.

La razón central de este fallo inhibitorio se hace consistir en que en este juicio la acción de filiación se promovió frente a las hermanas legítimas del presunto padre natural, señor Efraín González, en su calidad de herederas de éste; en que no se demostró la falta de herederos de mejor derecho, como serían los padres del mismo causante, y en que, de este modo, no quedó establecido que en realidad las señoras demandadas tuvieran vocación sucesoral y hubiesen aceptado la herencia del difunto González. De lo cual se concluye que, según doctrina de la Corte (XCI - 2214, 52), la carencia de prueba sobre la calidad de herederos en los demandados equivale a falta de prueba del presupuesto procesal de capacidad para ser partes en los mismos demandados y la ausencia de este presupuesto impide proferir fallo de fondo y conduce a dictar sentencia inhibitoria.

LA IMPUGNACION

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia dos cargos, de los cuales la Corte se limita a examinar uno de ellos por hallarlo perfilado y susceptible de prosperar, no obstante los confusos términos de la demanda.

El recurso sustenta este cargo diciendo que la sentencia incurrió en un error de hecho consistente en que, no obstante haberse encaminado la demanda contra las hermanas del difunto González como herederas del mismo y no haber ellas propuesto ninguna excepción, se consideró que el simple aserto sobre la existencia de la madre del de *cujus*, hecho en el alegato de primer grado, era prueba suficiente de que en realidad vivía dicha señora. A consecuencia de tal yerro se juzgó que hacía falta el presupuesto de capacidad para ser parte en las demandadas y se violaron los artículos 593, 595, 596 y 597 del C. Judicial, habiéndose también aplicado en forma indebida el artículo 404 del C. Civil en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936 e infringiéndose directamente los artículos 1009, 1012 y 1037 ibidem y el inciso último del artículo 20 de la citada Ley 45.

Transcribe el recurso unos pasos de la sentencia y en seguida añade:

"El Tribunal aplicó indebidamente el artículo 404 del C. C. al exigir la prueba de que 'los ascendientes no podían ser demandados' por estar muertos y no poder heredar y violó por infracción directa los artículos 1008, 1012 y 1013 por cuanto que la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios se determina en el momento de la apertura de la sucesión y en ese mismo momento se fija la calidad de heredero. Infringió directamente también el artículo 18 de la Ley 45 de 1936, porque en la hipótesis del Tribunal de ninguna manera se puede configurar la falta de legitimación pasiva de la causa debido al fenómeno de la sustitución procesal, en virtud de la cual son las actuales demandadas, en su calidad de hijas legítimas, las que sustituyen a sus padres legítimos fallecidos".

Según la anterior exposición, hubo quebranto indirecto de unos preceptos sustanciales y violación directa de otros.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La acción de reclamación del estado civil de hijo natural debe ser propuesta frente al padre presunto como contradictor legítimo. Esta es la regla general que consagran los artículos 401, 402 y 403 del C. Civil, 4º y 7º de la Ley 45 de 1936. Y el fallo que decide la acción ventilada entre contradictores legítimos produce efectos erga omnes.

Puede suceder que no exista el padre por haber fallecido, caso en el cual la misma acción se promueve frente a sus herederos. Así se deduce de lo prescrito por el artículo 404 del C. Civil, aplicable también a la filiación natural, según el citado artículo 7º de la Ley 45. En este supuesto, el fallo que resuelva el problema de la filiación sólo produce efectos relativos, esto es, que no aprovecha ni perjudica sino a los herederos que fueron llamados a la litis.

En la ocurrencia presente las señoras González fueron demandadas en su calidad de hermanas legítimas y herederas del presunto padre natural fallecido, señor Efraín González. En autos aparece comprobado su carácter de hermanas. Se las señaló además como poseedoras de los bienes que constituyen la herencia del difunto González, y, aunque es verdad que ellas negaron los hechos expuestos en la demanda, también es cierto que se opusieron a las pretensiones de la parte demandante y que en esta causa han actuado como tales opositoras, realizando así un acto de herederas que hace suponer su aceptación tácita de la herencia del hermano difunto, según doctrina expuesta por la Corte (Cas. de marzo 11 de 1954 - LXXVII - 2138, 89).

Es también evidente que no se trajo prueba de que hubieran fallecido los padres del extinto González, quienes, en caso de vivir, serían llamados en primer término a recoger la herencia de éste. Sin embargo de ello, sucede que, como lo tiene dicho la Corte (LXXIII - 2119, 286), la acción de filiación natural puede promoverse y ventilarse no sólo frente al pretenso padre o los herederos que lo representan cuando él ha fallecido, sino también "frente a otras personas con quienes el presunto hijo natural quiera definir situaciones jurídicas originadas en dicho estado, y que desde luego, no tienen por qué circunscribirse al simple derecho de heredar patrimonialmente al padre". Instaurada esa acción frente al padre como contradictor legítimo, la sentencia que decide la litis produce efectos generales o *erga omnes*, y propuesta contra los herederos del padre o frente a otras personas, los efectos del fallo son simplemente relativos, esto es, que no afectan sino a quienes fueron citados al juicio.

Y aun más: cuando la acción dicha se promueve frente a personas que, por su parentesco con el pretendido padre natural, son llamadas a heredarlo, no hay necesidad de probar que esos demandados aceptaron la herencia del causante para considerarlos como sus representantes. Basta demostrar el parentesco para que esas personas queden legitimadas en causa como sujetos pasivos de tal acción, en virtud del vínculo establecido entre ellas y el supuesto padre. No sucede lo mismo cuando el título de heredero proviene, ya no del parentesco, sino de una institución testamentaria, porque entonces *sí* se requiere que el heredero instituído acepte la herencia a fin de que se lo pueda tener como sucesor y representante del presunto padre natural. Así lo expuso la Corte en casaciones de siete de julio de 1954 (LXXVIII - 2144, 42) y de 20 de febrero de 1957 (LXXXIV - 2177, 78), sin olvidar en la primera de esas providencias que la propia acción de filiación es aún viable contra el heredero que repudia la herencia que se le defirió por su parentesco con el citado presunto padre.

Las premisas anteriores permiten concluir que, cuando se promueve la acción de filiación frente a personas a quienes se califica de herederos del presunto padre, por su comprobado parentesco con éste, no se requiere ni es jurídico exigir que también se demuestre la defunción de otras personas que, de estar vivas, tendrían vocación sucesoral preferente a la de los demandados, porque la naturaleza personal de tal acción permite ventilarla aún frente a quienes no son herederos y porque el fallo que decide la litis no afecta en nada a quienes no fueron llamados al mismo juicio. Esta es la doctrina que se asentó en la mencionada casación de 20 de octubre de 1952 (LXXIII - 2119, 287) y que determina el corolario de que, en la especie prevista, la falta de prueba de la inexistencia de herederos de mejor derecho no entraña la ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en quienes fueron demandados como sucesores del pretendido padre ni conduce a pronunciamiento inhibitorio.

Estando comprobada en autos la calidad de hermanas que tienen las demandadas respecto del difunto Efraín González, habiendo sido esas hermanas calificadas de herederas de éste por la parte actora y ejecutado ellas mismas acto de tales herederas al asumir la oposición en este litigio, no cabe duda de que la sentencia impugnada, al desconocerles dicho carácter de herederas y su capacidad para ser parte por motivo de la ausencia de prueba sobre la muerte de los padres del causante nombrado, quebrantó directamente, por falta de aplicación, los artículos 1008 del C. Civil y 20 de la Ley 45 de 1936, que consagran el derecho de las demandantes a suceder preferentemente al mismo causante. En consecuencia, ese fallo debe ser infirmado para el efecto de sustituirlo por la correspondiente decisión de mérito.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Las demandantes María Luisa, Mary del Carmen y Gloria Inés Torres solicitan que se las declare hijas naturales y herederas del extinto Efraín González y que se condene a las demandadas a restituírles las cuotas herenciales que les corresponden en la sucesión de su presunto padre natural. Queda visto que la sentencia de

primer grado pronunció las principales declaraciones y condenas deprecadas por las actoras. Dicho fallo encontró demostradas las causales de relaciones sexuales, estables y notorias, entre Efraín González y Dolores Torres, madre de las demandantes, y de posesión notoria del estado civil de hijas naturales respecto del mismo difunto González. Las pruebas que se tuvieron en cuenta son de orden testimonial y documental, consistiendo la primera en las declaraciones de los señores José Bonifacio Abril, Eudoxia Roncancio de Zambrano, Nicolasa Avila de Abril, Ana Dolores Cortés de Rojas, Rita Cortés de Torres, Rafael María Cortés, María Villamil de Roncancio, Ester Abril Roncancio, Pablo, Víctor y José Serrato Molano y Rosalbina Peñareto de Serrato.

La prueba documental que acogió el fallo de primera instancia reposa en una certificación del Secretario del Subsidio Familiar de los Ferrocarriles Nacionales, documento que reconoció y ratificó en declaración su propio firmante, cuya calidad de Secretario aparece confirmada con otro certificado del Comité Administrativo del mismo Subsidio Familiar. Expresa aquella certificación que, como empleado de los Ferrocarriles Nacionales y para el efecto de recibir subsidio familiar, el señor Efraín González inscribió como hijas suyas a las menores Mary del Carmen y Gloria Inés Torres, y que así percibió ese subsidio durante los años corridos de 1957 a 1962.

La misma sentencia examina las pruebas referidas y sobre ellas dice en conclusión:

"El abundante acervo probatorio recogido por la parte actora deja establecido, sin lugar a dubitaciones, que desde el año de 1939 hasta el año de 1962 Dolores Torres mantuvo relaciones estables y notorias con Efraín González, primero hasta 1952 en el Municipio de Saboyá y luégo hasta 1962 en la ciudad de Bogotá.

"Todos los declarantes coinciden en afirmar que Efraín González suministró a Dolores Torres y a sus hijas alimentos, vestidos y habitación, que las relaciones eran tan estables que en algunas ocasiones Dolores Torres era señalada como esposa legítima de Efraín González.

"También está establecido que dentro de estas relaciones nacieron sus 3 hijas, la primera llamada María Luisa, quien, según la partida que obra al folio 2, nació el 31 de marzo de 1940, habiendo sido padrinos Bonifacio Abril y Nicolasa Avila de Abril, quienes rindieron testimonio, debidamente ratificado, afirmando que evidentemente habían sido padrinos de la citada María Luisa y quien nació dentro de las relaciones sexuales mantenidas por Efraín González y Dolores Torres".

Anota el fallo que las menores demandantes Mary del Carmen y Gloria Inés Torres nacieron el 5 de septiembre de 1951 y el 28 de febrero de 1957, respectivamente, es decir, también en el curso de las relaciones sexuales entre Dolores Torres y Efraín González; dice que, no obstante los naturales defectos que se observan en la recepción de los testimonios, éstos comprueban de manera irrefragable las mencionadas relaciones sexuales, y expresa además: "Pero lo que más certeza trae al Juzgado, es el documento del folio 31, en donde aparece que Efraín González inscribió como a hijas suyas ante el Comité Administrativo del Subsidio Familiar a las menores Gloria Inés y Mary del Carmen, por las razones que se dejaron expuestas al citar aquel elemento probatorio".

En relación con la causal de posesión notoria del estado civil de hijas naturales de las demandantes respecto del difunto Efraín González, afirma la sentencia que la misma prueba testimonial acredita también los factores constitutivos de esa causal; considera establecida la legitimación en causa de las partes y dice que la acción de petición de herencia debe prosperar porque hay prueba de que 2 de las demandadas poseen los bienes de la mortuoria de González y disfrutan de ellos.

Examinada con la mayor atención la prueba testimonial que se cita en el fallo de primera instancia, se adquiere el convencimiento de que en realidad Efraín González tuvo relaciones sexuales con la señora Dolores Torres, que esas relaciones fueron notorias y que duraron cerca de veinticinco años, o sea que se cumplieron desde principios de 1939 hasta mediados de 1962, primero en Saboyá y más tarde en Bogotá, y que en el curso de las mismas relaciones nacieron las tres demandantes, hijas de la mentada Torres. Estos antecedentes autorizan la conclusión de que las nombradas María Luisa, Mary del Carmen y Gloria Inés Torres son en verdad hijas naturales del difunto González, conclusión que esfuerza aun más el hecho de que el propio González hizo inscribir a Mary del Carmen y Gloria Inés como hijas suyas para el efecto de recibir subsidio familiar en la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales. Comprobada como aparece esta causal de relaciones sexuales, estables y notorias, entre Efraín González y Dolores Torres, y establecido el

hecho de que las demandantes nacieron durante el desarrollo de esas relaciones, no hay duda de que la acción de filiación puede y debe prosperar, así como también la de petición de herencia por estar demostrado que las demandadas poseen los bienes de la herencia de González y disfrutan de ellos.

Por tanto, la sentencia de primer grado debe ser confirmada con la advertencia de que la restitución de frutos que impone a las demandadas como poseedoras de buena fe sólo comprende los percibidos con posterioridad a la notificación de la demanda.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veintiséis de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este juicio sobre filiación natural de María Luisa, Mary del Carmen y Gloria Inés Torres contra Blanca, Arminda y Anatilde González González, y en su lugar

RESUELVE:

Primero. - Confírmase la sentencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos sesenta y tres, proferida en este mismo juicio por el Juez Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá.

Segundo. - Condénase a la parte demandada a pagar las costas de la segunda instancia.

Tercero. - Sin costas en el recurso de casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SOCIEDAD CIVIL O COMERCIAL

Sanciones a los socios morosos.- Fuerza probatoria del dictamen pericial que descansa sobre fundamentos objetivos tales como los asientos contenidos en libros de comercio.

1.—De acuerdo con el principio contenido en el artículo 2602 del C. Civil, los estatutos de una sociedad civil o comercial debidamente aprobados obligan a los socios, y de consiguiente, anticipadamente se someten por su propia voluntad a los compromisos y sanciones que los mismos estatutos establezcan.

El doctrinante Moreno Jaramillo en su obra sobre Sociedades, tomo 1º, pág. 198, numeral 30, al referirse a la cuestión de las sanciones respecto de los socios morosos, dice literalmente:

"Establece la ley una sanción bien trascendental contra el accionista que no pagare en las épocas convenidas sus cuotas o alguna fracción de ellas; la de que la compañía pueda vender, por conducto de un corredor, las acciones que correspondan al accionista moroso, por cuenta y riesgo de éste, y apropiarse las cantidades que tal accionista hubiera entregado, retirándole el título que tenga. Si la compañía lo prefiere, puede emplear contra el moroso cualquier otro arbitrio de indemnización adoptado en los estatutos.

"Más claramente: si en la carta social se guardare silencio en punto de sanciones contra el suscriptor moroso, puede la compañía castigarlo con esa especie de expropiación que la ley autoriza y consagra; pero si en la carta se adopta otro arbitrio de indemnización, será ese el que se aplique, y no el legal aludido. Por tanto, si se quiere que las sanciones constitucionales se impongan sin perjuicio de la legal, debe estipularse así claramente".

2.—De acuerdo con el artículo 730 del Código de Procedimiento Civil, el acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez. Y en cuanto hace referencia a los puntos materia del dictamen pericial su fuerza probatoria, se deduce de la que se concede a esta clase de prueba, que si es verdad corresponde al fallador de instancia calificar las bases del dictamen, no es menos cierto que cuando la prueba pericial descansa sobre fundamentos objetivos como es la declaración que se hace sobre el examen de los libros de contabilidad de una sociedad que se hallan extendidos con las formalidades legales, el fallador no puede rechazar el fundamento del peritazgo, sino en cuanto aparezca que ese fundamento fue equivocado, tanto más cuanto que los libros de comercio hacen fe en los asientos que ellos contengan, según los artículos 47 y 48 del Código de Comercio, aplicables al caso, por tratarse de una sociedad civil que se gobierna por las disposiciones de la sociedad anónima comercial.

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

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el primero de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

ANTECEDENTES

La señora Emilia Gómez de Ramos, con personería suficiente, y hablando en nombre del doctor Jaime César Ramos Gómez, por medio de apoderado demandó a la sociedad "Club Campestre de Cali S. A.", domiciliada en esa ciudad, representada por su presidente señor Abraham Domínguez Vásquez, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. - "Club Campestre de Cali S. A." de las condiciones legales conocidas, canceló ilegalmente la acción número 1036 emitida por la so-

ciedad demandada y suscrita por el doctor Jaime César Ramos Gómez; cancelación realizada por medio de la Resolución Nº 7 de 19 de junio de 1958, tomada por la Junta Directiva de esa misma sociedad.

"Segunda. - Es nula, de nulidad absoluta, la Resolución Nº 7 del 19 de junio de 1958, de la Junta Directiva del "Club Campestre de Cali S. A.", por medio de la cual se declaró caducada la acción de esa misma sociedad, marcada con el número 1036 y suscrita por el doctor Jaime César Ramos Gómez, tanto por carecer esa Junta Directiva de facultades para ello, como por ser esa cancelación violatoria de las disposiciones legales sobre sociedades anónimas.

"Tercera. - En la caducación de la acción Nº 1036 del "Club Campestre de Cali S. A.", que estaba suscrita por el doctor Jaime Ramos Gómez esa sociedad procedió con violación del plazo concedido a este suscriptor para el pago de los instalamentos, gravó dicha acción con deudas inaplicables a ella y se incurrió en el enriquecimiento sin causa tanto por la apropiación indebida de los instalamentos ya pagados como por la cancelación ilegal de una acción de valor comercial muy superior al de su valor nominal y al del valor por el cual fue negociada.

"Cuarta. - En consecuencia, se condena a "Club Campestre de Cali S. A.", a inscribir nuevamente al doctor Jaime César Ramos Gómez, como suscriptor de la acción Nº 1036 o de otra acción de la misma clase y valor aunque su numeración sea diferente, reconociéndole los instalamentos ya pagados y concediéndole para el pago de los restantes instalamentos de esa acción el mismo plazo y formas de pago contenido antes de su cancelación, todo ello dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"Quinta. - Condénase a "Club Campestre de Cali S. A." a pagar al doctor Jaime César Ramos Gómez, en Cali y cinco días después de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente, por concepto de indemnización de los perjuicios que la sociedad demandada causó al demandante con la ilegal cancelación de la acción de que trata el presente juicio.

"Sexta. - Condénase a "Club Campestre de Cali S. A." a pagar al doctor Jaime César Ramos Gómez, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las costas del presente juicio".

Como hechos fundamentales de la acción se determinaron los siguientes: Club Campestre de Cali S. A. es una sociedad anónima fundada por medio de la escritura número 1059 del 27 de octubre de 1930, otorgada en la notaría segunda de Cali, reformada por las escrituras 1372 de 22 de agosto de 1941; la 523 del 17 de marzo de 1944; la 1755 de 15 de septiembre de 1944; la 356 del 19 de febrero de 1945; la 145 del 24 de enero de 1950; y la 1579 del 8 de junio de 1954, todas otorgadas en la notaría segunda de Cali. La mencionada sociedad tiene su domicilio en esta ciudad de Cali en la cual ha fundado y construido un establecimiento de carácter social y deportivo llamado "Club Campestre de Cali", y se encuentra legalmente representada por su presidente que en la actualidad es el señor Abraham Domínguez Vásquez.

"Segundo. - "Club Campestre de Cali S. A." como su nombre lo indica, es una sociedad comercial de forma anónima, aunque sin fines primordiales de lucro, pues su principal destino es el sostenimiento del centro social deportivo mencionado. Esta sociedad tiene unos Estatutos y un Reglamento, en los cuales se han confundido la sociedad con el establecimiento por ella creado y sostenido, con la resultante de contener disposiciones estatutarias abiertamente contrarias a las disposiciones de carácter sustantivo que rigen las sociedades anónimas, por el error de estimar que el hecho de no perseguir fines de lucro libra por completo a estas sociedades anónimas de la obligación de adaptarse a la ley sobre dichas sociedades y que aún las libra de la sumisión, en ciertos casos, de la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

"Tercero. - Por medio de la escritura pública número 1579 de junio 8 de 1954, otorgada en la notaría segunda de Cali, "Club Campestre de Cali S. A.", elevó capital y emitió unas acciones especiales para ser suscritas por sus entonces socios accionistas, por valor de $ 3.000.00 cada una, pagaderas en 60 cuotas mensuales de a $ 50.000.-00 cada cuota representadas en sus correspondientes letras de cambio a favor de dicha sociedad y a cargo del socio accionista o de quien posteriormente adquiera esas acciones: a estas se les puso el nombre de 'acciones crias'. Una de esas acciones correspondió al antiguo socio Carlos Leib K., a quien el demandante doctor Jaime C. Ramos Gómez compró la marcada con el número 1036 y suscribió las correspondientes letras de cambio que se han mencionado, por el valor de los tres mil pesos moneda legal. Estas letras de cambio, representativas de los instalamentos del precio de la dicha acción Nº 1036, fueron pagadas por el doctor Ramos Gómez hasta la correspondiente en su plazo de vencimiento del día 1º de junio de

1958; de tal forma que el día 18 de junio de 1958, en el cual se tomó por la Junta Directiva de "Club Campestre de Cali S. A.", la Resolución número 7 y que consta en el Acta Nº 1004 de esa Junta y de esa misma fecha, canelando la acción 1036, esta acción no tenía deuda en mora por esos instalamentos, ya que el próximo vencía el día 1º de julio siguiente. De ahí que la sociedad demandada haya devuelto al demandante las seis letras de cambio números 00781 al 00786, inclusive, cuyos vencimientos comenzaban el día 1º de julio de 1958 hasta el día 1º de diciembre del mismo año y que representaban el saldo por pagar de la acción ilegalmente cancelada.

"Cuarto.—Los artículos 48 y 53 de los Estatutos de "Club Campestre de Cali S. A." obligan a los socios, sin especificar si se refiere a los socios capitalistas, o a éstos y a los socios de otras clases que tiene el Club, a pagar las cuotas ordinarias y las extraordinarias que decreten la Asamblea General de Accionistas o la Junta Directiva, 'en compensación por los servicios prestados por el Club y para asegurar su sostenimiento y desarrollo'. El artículo 55 de los mismos Estatutos, como sanciones para los casos de mora en el pago de dichas cuotas dispone lo siguiente: 'Cuando un socio se atrase en dos mensualidades consecutivas correspondientes a cuotas ordinarias, el secretario le hará una notificación por escrito para que dentro de los treinta (30) días siguientes cubra dicho valor; si el socio no lo hace, se le suspenderá la entrada al Club hasta tanto se ponga al día por este concepto; en este caso seguirán corriendo normalmente las cuotas ordinarias. Si el número de mensualidades insolutas llega a cubrir el valor de 12 mensualidades, la Junta Directiva, declarará caducada la acción a favor de la sociedad por dicho valor. Si se decreta una cuota extraordinaria y al vencimiento del plazo fijado para pagarla el socio no la hubiere cubierto, el secretario le notificará que debe hacerlo dentro de los treinta (30) días siguientes y que mientras tanto no puede seguir concurriendo al Club. Si pasados seis (6) meses continuare insoluta la deuda, la Junta Directiva declarará caducada la acción a favor de la sociedad por dicho valor. Cuando se trate de aplicar sanción semejante por el no pago de vales propios o ajenos contraídos bajo la responsabilidad de un socio, se adoptará el siguiente procedimiento: Se le notificará al socio por la Secretaría después de un mes que la suma adeudada está insoluta, que debe pagarla dentro de los treinta días siguientes: si no lo hace, se le suspende la entrada y si dentro de los noventa (90) días siguientes no ha cubierto la suma insoluta, la Junta Directiva podrá declarar caducada la acción a favor de la sociedad por dicho valor.

"Es verdad que el demandante se encontraba en mora para con "Club Campestre de Cali S. A." en el pago de cuotas o letras de los instalamentos de su acción suscrita, en cuotas ordinarias y extraordinarias y en vales hasta el día 16 de mayo de 1958, fecha en la cual por medio del cheque Nº 656352 contra el Banco del Comercio, abonó a esas deudas la cantidad de quinientos veinte pesos. Con este abono quedaron pagadas las dichas letras de cambio en mora, que ascendían a la cantidad de doscientos cincuenta pesos y quedaron otros doscientos setenta pesos para abonar, como era lógico, a las deudas más apremiantes. Luego, los vales cuyo valor era de $ 40.10, también quedaron cancelados y todavía sobraron $ 229.90 para abonar a las cuotas ordinarias y extraordinarias".

"De acuerdo con el "Estado de cuenta" enviado por la sociedad demandada al demandante, con fecha 11 de julio de 1958 éste no estaba debiendo el día en que se le canceló por aquella su acción sino seis meses de cuotas ordinarias; y como los estatutos exigen una mora en 12 mensualidades para poder cancelar la acción morosa, luego por este concepto de cuotas ordinarias no había lugar a esa sanción. Con relación a la cuota extraordinaria decretada en 17 de julio de 1956 solamente estaba debiendo las cuotas de enero a abril de 1958, fecha esta última que era el 'plazo fijado para pagarla...'; y como el transcrito artículo 55 de los Estatutos ordena que vencido ese plazo se notificará al deudor para que la pague dentro de los 30 días siguientes y si pasados 6 meses sin pagarla se le cancele la acción; resulta que de abril de 1958 a junio del mismo año no habían pasado los seis meses de mora y mucho menos los siete que en conjunto señalan los Estatutos como plazo máximo para la cancelación de la acción. Y por lo que hace relación a la cuota extraordinaria impuesta el 16 de octubre de 1957, se estaban debiendo los meses de mayo a junio de 1958, por donde tampoco habían transcurrido los siete meses totales para poder cancelar la acción morosa.

"Quinto.—El artículo 10º de los Estatutos de "Club Campestre de Cali S. A." consagra el principio legal para las sociedades anónimas contenido en el artículo 500 del Código de Comercio, con las siguientes palabras: 'Los accionistas no son responsables sino hasta el monto de sus acciones', disposición confirmada por el artícu-

lo 53 de los mismos Estatutos que dice: "'Ningún socio podrá ser obligado a aumentar su aporte o a reponerlo si se perdiere durante la sociedad y, por lo tanto, con excepción de las cuotas ordinarias periódicas que se pagan en compensación de los servicios prestados por el Club para asegurar su sostenimiento y desarrollo, y de las extraordinarias que se decreten de acuerdo con estos Estatutos, en ningún caso podrá obligarse a los socios a suscribir acciones emitidas por aumentos de capital social'.

"A pesar de estas disposiciones estatutarias y de las correspondientes disposiciones legales sobre la materia, la sociedad demandada ha violado unas y otras al gravar las acciones de sus socios con cuotas de sostenimiento del establecimiento social-deportivo y con cuotas extraordinarias destinadas a edificaciones y ensanches de ese establecimiento, lo que implica un verdadero aumento de capital social. Y a pesar de no haberse vencido los siete meses de plazo para el pago de las cuotas extraordinarias y de doce meses para el pago de las ordinarias, la sociedad demandada dictó la Resolución número 7 del 19 de junio de 1958, de su Junta Directiva, y declaró 'caducadas' a favor de la Sociedad varias acciones que se consideraron morosas, entre ellas la acción número 1036 suscrita por mi poderdante. La sociedad demandada ha violado, pues, tanto las disposiciones legales sobre sociedades anónimas, como los Estatutos de la misma sociedad, y la caducidad de la mencionada acción 1036 es completamente ilegal y arbitraria".

"Sexto.—Resultando, que la caducidad de la acción número 1036 decretada por "Club Campestre de Cali S. A." fue completamente ilegal, por violación de disposiciones legales, de disposiciones estatutarias y de la verdad de los hechos, como lo he dejado ya demostrado; resultando, que se decretó esa caducidad cuando el suscriptor de la citada acción número 1036 se estaba poniendo al día, esto es, estaba pagando cumplidamente los instalamentos del valor de esa acción, y estaba pagando y aminorando sus otras deudas por cuotas ordinarias y extraordinarias, como lo demuestra el pago de $ 520.00 el día 16 de mayo de 1958; resultando que esa acción número 1036 fue comprada por la cantidad de $ 3.000.00 y en el momento de su cancelación tenía un valor aproximado de $ 15.000.00, como se demostrará oportunamente; queda patente el hecho de que la sociedad demandada con la caducidad que decretó de la dicha acción, tuvo un enriquecimiento sin causa, injusto, 'torticero', pues por una parte se apropió de la cantidad de $ 2.700.00 que ya el suscriptor demandante había pagado por ella y por la otra parte quedó ganando la diferencia de precio que existe entre el valor de compra de esa acción y el valor comercial que ella ya tenía en el momento de su caducidad".

En el hecho séptimo el actor determina en su concepto los perjuicios morales y materiales sufridos por consecuencia de la caducidad de la acción a que se refiere la Resolución número 7 de 18 de junio de 1958 proferida por la Junta Directiva del Club Campestre de Cali.

A la demanda fueron acompañados varios documentos que allí se determinan inclusive, seis letras de cambio de los números 00781 a 00786 con vencimiento del 1º de julio hasta el 1º de diciembre de 1958 (no de 1959 como dice la demanda) a favor del Club Campestre de Cali y a cargo de Jaime C. Ramos por la suma de $ 50.00 cada una y no de $ 500.00 como lo anota el libelo). Estas letras llevan al dorso de cada una la siguiente anotación: "Esta letra no ha sido pagada y corresponde a deuda que por mayor valor debía la acción número 1036 del señor Jaime C. Ramos, y que fue caducada por Resolución número 7 de la Junta Directiva del Club de Cali, de fecha 18 de junio de 1958. La devolvemos sin ninguna responsabilidad. Cali, septiembre 7-59. (Una firma ilegible) que corresponde al nombre de Elvy Vernaza Isaacs..." Se acompañó asimismo una carta dirigida al señor Oscar C. Ramos, por la misma señorita Vernaza Isaacs, en la que se le manifiesta que a virtud de solicitud telefónica del destinatario se le acompaña el estado de cuenta de su hermano Jaime C. Ramos "en el momento que fue declarada la caducidad de la acción que él poseía en el Club".

El fallador de primera instancia dictó su fallo en consonancia con las peticiones fundamentales del actor. Y por el numeral tercero de la sentencia, se condenó al Club Campestre de Cali a pagar al actor la suma de $ 2.000.00 como perjuicios morales "por haber cancelado ilegalmente la acción social de que se trata en este juicio".

El Tribunal en la sentencia objeto del recurso, confirmó los ordinales primero, cuarto y quinto de la sentencia del inferior y revocó el tercero "por contener una condena ultra-petita".

LA SENTENCIA ACUSADA

Reconoce el fallo que la sociedad "Club Campestre de Cali S. A." se encuentra debidamente representada y que "en tales condiciones, es na-

cesario definir, en primer término, cual es la estructura jurídica de la persona sobre la cual se pretende hacer gravitar las pretensiones del actor"; afirma que "conforme a la escritura de fundación número 1059 de 27 de octubre de 1930, de la notaría segunda del circuito de Cali, y demás escrituras reformatorias, cuyas copias obran en autos, el "Club Campestre de Cali S. A.", sociedad domiciliada en Cali, fue constituida en forma de sociedad anónima, sin ánimo de lucro, con fines recreativos y de deporte".

"Esta clase de sociedades, dice el fallo, no está expresamente reglamentada en nuestra legislación, pero la Ley 58 de 1931, en su artículo 42 hace expresa referencia a ellas, manifestando que las sociedades anónimas que se constituyen con fines exclusivamente recreativos, como los centros sociales y de deporte, no quedan comprendidas en las disposiciones de ella. Y el artículo 287 del Decreto 2521 de 1950, que reglamentó todo lo relacionado con las sociedades anónimas, también hace referencia a esta clase de sociedades, imponiéndoles algunas obligaciones, como acreditar ante la Superintendencia de Anónimas, su constitución regular para poder declararlas exentas de supervigilancia".

"Al definir las normas jurídicas que las rigen para establecer su carácter, dice el fallo, el código civil, en el capítulo II del Título XXVII, se refiere a las diferentes especies de sociedades, y atendiendo al objeto o fin de ellas, las clasifica en civiles y comerciales. Así el artículo 2085 del código civil, dice: 'La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocio que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles".

Después de analizar las disposiciones pertinentes del código mercantil, expone:

"De conformidad con los textos, es indiscutible, que las sociedades anónimas como la del Club Campestre S. A. de Cali, creada sin ánimo de lucro y para fines recreativos y deportivos, son sociedades civiles, pues sus fines no son, en forma alguna, la explotación de actos de comercio".

Entrando a definir el régimen jurídico a que está sometida la sociedad demandada, expone la sentencia:

"Para la finalidad expuesta se tiene que el artículo 2090 del código civil, determina que las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas; por consiguiente, las sociedades civiles anónimas se encuentran íntegramente regidas en cuanto a su constitución y organización, pero no en cuanto al giro de sus actividades, por el código de comercio y leyes y decretos especiales que gobiernan las sociedades comerciales anónimas.

"La consecuencia práctica de la clasificación de las sociedades anónimas con fines recreativos, como sociedades civiles, carece de mayor trascendencia a la de evitar que se sostenga que a ellas no les son aplicables las normas directrices de las anónimas comerciales, en cuanto sean pertinentes, porque, conforme se ha visto, las sociedades entre nosotros pueden tener objeto civil y sin embargo quedar sometidas a las reglas del Derecho Comercial, como en el caso de las sociedades anónimas, civiles, que por mandato expreso de la ley están sujetas a las mismas normas que las anónimas comerciales (Código Civil, art. 2090); además, en la constitución de una sociedad civil podrá estipularse que aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial (art. 2086 del C. Civil). Esto porque en nuestro derecho no existen diferencias profundas entre las sociedades civiles y las comerciales.

"Hechas las consideraciones anteriores, se tiene que el interés del demandante está determinado por el contrato llamado de suscripción de acciones, que según el artículo 70 del Decreto 2521 de 1950, 'es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento de suscripción respectivo, y ésta se obliga a reconocer la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente'.

"De este contrato se deriva para la sociedad el derecho a obtener el pago del valor de la acción por parte del suscriptor, y se deriva para éste los derechos inherentes a la calidad de accionista; porque, perfeccionado el contrato de suscripción, el suscriptor se hace accionista. Sobre este particular ha dicho la Superintendencia de Sociedades Anónimas: 'A estos efectos, no se tiene en cuenta si el accionista de que se trata ha pagado o no totalmente su aporte, porque no es en virtud de este pago como adquiere tal calidad, sino como consecuencia del perfeccionamiento del contrato de suscripción'. (Doctrina Nº 26, tomo XIV, Nº 29, pág. 37).

"Por lo general, para poner a funcionar una sociedad, no se requiere una inversión inmediata

de todo el capital que su pleno desarrollo exija; de ahí el que con frecuencia no se obligue al pago total de las acciones al tiempo de suscribirlas, sino por cuotas, en épocas fijadas en los estatutos, y de acuerdo con el reglamento de suscripción respectivo; tales cuotas se llaman instalamentos. Este mismo sistema se usa también cuando se trata de la colocación de posteriores emisiones de acciones.

"Si el pago de las acciones ha de efectuarse por cuotas o instalamentos, éstos han de abonarse conforme al reglamento de suscripción y de acuerdo con las normas estatutarias que gobiernen lo concerniente a las acciones de la sociedad.

"Una de esas acciones, la número 1036, correspondió al socio Carlos Leib K., habiéndosela vendido al doctor Jaime César Ramos Gómez, quien suscribió a favor de la sociedad las correspondientes letras de cambio, por $ 50.00 cada una, de vencimiento mensual, por la cantidad total de $ 3.000.00.

"El contrato de suscripción de la acción número 1036 a nombre del doctor Jaime César Ramos Gómez, se rige expresamente por el reglamento de suscripción, contenido en los apartes pertinentes de la escritura pública número 1579 de 8 de junio de 1954, de la notaría segunda del circuito de Cali, cuya copia obra en autos, y por las normas pertinentes de los estatutos de la sociedad, que fueron reglamentados expresamente por medio de la escritura número 145 de 24 de enero de 1950 de la notaría segunda de Cali, que en copia obra en autos, en el capítulo II —Capital— Acciones y accionistas, artículos 5º a 25, que gobiernan todo lo relacionado con los aspectos a que se refiere dicho capítulo.

"El contrato de suscripción de la acción número 1036, entre el demandante Ramos Gómez y la sociedad Club Campestre de Cali S. A., es un contrato de adhesión, que se rige expresamente por el reglamento de suscripción y por los estatutos de la sociedad, en lo pertinente, contenidos en las escrituras a que antes se ha hecho referencia, y en el que no cabe ninguna otra reglamentación no comprendida en el reglamento de suscripción y en las normas pertinentes de los estatutos relacionados con las acciones.

El título de accionista se pierde únicamente por la mora de pagar instalamentos pendientes, o sea, de las cuotas no canceladas del valor de la suscripción de la acción. Así se deduce de las normas contenidas en los artículo 570 del Código de Comercio y 76 del Decreto 2521 de 1950, reglamentario de las sociedades anónimas".

El fallador transcribe los artículos 570 del Código de Comercio y 76 del Decreto 2521 de 1950 y los comenta así:

"Como se ve de los artículos transcritos, si la sociedad no hace uso de las vías judiciales o de cualquier otro arbitrio de indemnización que acordaren los estatutos; las otras medidas autorizadas por la ley van encaminadas a separar de la sociedad al accionista moroso. (sic).

"Según los principios legales enunciados, para que la condición de socio se pierda, se requiere una norma estatutaria al respecto, que sancione la morosidad del socio en pagar los instalamentos, y a falta de una estipulación expresa debe regirse por las normas legales contenidas en los artículos 570 del Código de Comercio y 76 del Decreto 2521 de 1950. Por consiguiente, hay que entender que la sociedad no puede privar a una persona caprichosamente de su calidad de socio, porque dentro del régimen de las sociedades anónimas impera la ley, y las normas estatutarias o reglamentarias coincidentes con la ley, rigen en virtud de ésta y por su imperio, siendo nulas las cláusulas de los estatutos contrarias a las normas legales a que deben someterse las sociedades anónimas, tanto civiles como comerciales, que son de orden público, porque se inspiran en el deseo de precaver, mediante la ley y mediante la intervención y vigilancia del Estado, los peligros que las sociedades anónimas pueden engerrar para la colectividad".

"La caducidad de la acción no puede decretarla la sociedad sino únicamente cuando se trata de morosidad en pagar instalamentos pendientes, es decir, cuotas no canceladas del valor de la suscripción de la acción, de conformidad con las disposiciones de los artículos 570 del Código de Comercio y 76 del Decreto 2521 de 1950, normas legales en que descansa la persistencia de la condición de accionista, aunque se haya perdido el carácter de miembro del Club social, a causa de una sanción disciplinaria. La calidad de accionista no se pierde sino por mora en el pago de instalamentos, pues, una cosa es el Club y otra la Sociedad, como dice la Superintendencia de Anónimas, cuyos estatutos deben ceñirse a las normas legales que reglamentan las sociedades. Por consiguiente, la caducidad de una acción decretada con fundamento en conceptos diferentes al de instalamentos, es ilegal y la resolución de la Junta Directiva de la Sociedad que así lo decreta, no produce efecto alguno contra el accionista por carecer de fundamento legal y ser nula.

"Aplicando los conceptos anteriores al caso sub lite, es indispensable estudiar si la Resolución número 7 del Acta número 1004 de la Junta Directiva del Club Campestre de Cali, de fecha 18 de junio de 1958, que declaró caducada a favor de la Sociedad Club Campestre de Cali S. A., la acción que figuraba inscrita a nombre del señor Jaime Ramos, se basó en mora por concepto de instalamentos pendientes, es decir, cuotas no canceladas del valor de la acción, no cubiertas en las épocas convenidas en el contrato de suscripción.

"Por medio de la escritura pública número 1579 de junio 8 de 1954, de la notaría segunda de Cali, el Club Campestre de Cali S. A., elevó su capital y para tal fin emitió unas acciones especiales para ser suscritas por los socios que en la fecha de la resolución figuraran inscritos en el libro de accionistas, por valor nominal de $ 100.00 cada una, pero por un valor comercial de $ 3.000.00 para cada una, pagaderos en 60 cuotas mensuales de $ 50.00, y facultó a los accionistas para negociar libremente el derecho adquirido a suscribir la acción, con personas naturales o jurídicas, que llenaran debidamente los requisitos de admisión estipulados en los estatutos, y sometió a la persona que adquiera tal derecho a firmar a favor del Club Campestre de Cali S. A., letras de vencimiento mensual, por valor de las cuotas extraordinarias, restantes, obligándose el adquirente a pagar desde el momento de la firma de las letras, las cuotas ordinarias que rigieran y a cumplir las demás obligaciones estatutarias.

"Una de tales acciones correspondió al socio Carlos Leib K., quien la negoció con el doctor Jaime C. Ramos Gómez, o sea la marcada con el número 1036, quien suscribió las correspondientes letras de cambio a favor de la sociedad por valor de $ 50.00 cada una y por un valor total de $ 3.000.00; letras éstas correspondientes a los instalamentos del precio de la acción adquirida.

"Al adquirir el doctor Jaime César Ramos Gómez, como nuevo socio, la acción a que tenía derecho a suscribir el antiguo socio Carlos Leib K., conforme a la autorización que para negociarla con terceros tenía, las letras a que se obligó a suscribir y que suscribió por valor de $ 50.00 cada una, a favor del Club Campestre de Cali S. A. y de vencimiento mensual, no eran por concepto de cuotas extraordinarias, pues él no pertenecía al Club ni a la Sociedad antes de hacer dicha negociación, sino que fueron suscritas y giradas dichas letras por concepto de instalamentos, es decir, por cuotas del valor de la suscripción de la acción que adquirió; por consiguiente, la sanción de caducidad de dicha acción decretada por la Junta Directiva en la Resolución número 7 del 18 de junio de 1958, no podía, ni puede regirse por las disposiciones del artículo 55 de los estatutos de la sociedad, que se refiere a cuotas ordinarias, cuotas extraordinarias, o vales propios o ajenos, artículo que como ya se vio, es ilegal en cuanto a las sanciones de caducidad de las acciones que contiene, sino por el artículo 8º de los estatutos que reza: "Artículo 8º—Cuando un accionista no pagare el saldo del precio de su acción en los términos estipulados, el Club podrá venderla a otra persona, retirarle a aquél el título de accionista y apropiarse las cantidades que hubiere abonado".

Reconoce el fallador que el artículo 8º de los estatutos que se han transcrito es la aplicación práctica del artículo 570 del Código de Comercio.

Hace luego la sentencia algunas consideraciones sobre las funciones de las Juntas Directivas.

"Conforme al inciso segundo del artículo 191 del Código de Comercio: 'Son nulas las deliberaciones de la asamblea, aunque sean adoptadas por unanimidad, cuando versen sobre objetos ajenos a la ejecución del contrato, o que excedan los límites que prescriban los estatutos'.

"De modo que, para que sean válidas las decisiones de la Asamblea General de Accionistas, y por consecuencia, de la delegación de funciones, dada por esa Asamblea a la Junta Directiva, también las de este órgano directivo de la sociedad, es necesario que esas decisiones o resoluciones se ajusten a los términos del contrato social y que no excedan de los límites que prescriben los estatutos.

"En el caso concreto de la sociedad Club Campestre de Cali S. A., se tiene que conforme a los estatutos, solo puede la Junta Directiva dictar Resoluciones de caducidad de las acciones, en el caso contemplado expresamente en el artículo 8º de los estatutos, que como ya se expresó es el desarrollo práctico de la norma contenida en el artículo 570 del Código de Comercio, porque las sanciones de caducidad contenidas en el artículo 55 de los estatutos de la sociedad, en desarrollo de las facultades concedidas a la Junta Directiva en el aparte 'b') del artículo 54 de los mismos estatutos, son contrarios a las normas del artículo precitado del Código de Comercio, y al

artículo 76 del Decreto 2521 de 1950, y por consiguiente, son ilegales".

Los demás apartes de las consideraciones motivas de la sentencia se refieren a la aplicación del artículo 1746 del código civil sobre los efectos de la nulidad y de las restituciones mutuas que hayan de hacerse en virtud de ese pronunciamiento.

LA IMPUGNACION

Por la causal primera del artículo 520 del código civil, el recurrente formula dos ataques contra la sentencia del Tribunal, el primero lo expone así:

"Violación indirecta de los artículos 1602 del código civil, 570 del Código de Comercio Terrestre y 76 del Decreto 2521 de 1950, por falta de aplicación de tales normas, al través de errores de hecho, evidentes y notorios en los autos, originados en dar por establecido un hecho sin que existiera la prueba y en la apreciación errónea de las siguientes pruebas: Las letras de cambio devueltas por la sociedad demandada al actor y que obran en autos; el dictamen pericial rendido por los peritos Juan Ordóñez Montero y Carlos F. Suárez, con base en la tarjeta de kárdex correspondiente a la acción número 1036; y la inspección ocular practicada por el juez del conocimiento, en asocio de testigos actuarios sobre los libros de la sociedad; de las anteriores pruebas, erróneamente apreciadas por el H. Tribunal, se dedujo que el actor no estaba en mora de pagar cuotas de instalamentos y que en consecuencia, la demandada no podía dictar la caducidad de la acción de acuerdo con el artículo 8º de los estatutos, que, como el mismo Tribunal lo dice, es el desarrollo práctico de la norma contenida en el artículo 570 del Código de Comercio".

El impugnante transcribe algunos pasos de la parte motiva de la sentencia que se han dejado consignados, y en que se sostiene que el socio Jaime César Ramos no estaba en mora de pagar cuotas de instalamento "pues la letra que vencía el 1º de junio había sido pagada, ya que no fue devuelta a su girador como no pagada, como si lo fueron las letras subsiguientes a los números 00781 al 00786 inclusive, cuyos vencimientos comenzaban el 1º de julio de 1958 hasta el 1º de diciembre de dicho año; que la calidad de accionistas no se pierde sino por mora en el pago de los instalamentos, pues una cosa es el Club y otra la sociedad y que por consiguiente la caducidad de una acción decretada en conceptos diferentes al de instalamentos es ilegal y la resolución de la Junta Directiva de la sociedad que así lo decreta, no produce efecto alguno contra el accionista por carecer de fundamento legal y ser nula"; y que "no estando el socio doctor Jaime César Ramos Gómez en mora de pagar instalamentos de su acción número 1036, como antes se vio, la Resolución de caducidad de su acción decretada por la Junta Directiva del Club Campestre de Cali S. A., en el Acta número 1004 de fecha 18 de junio de 1958, es nula, porque se violó con ella el artículo 8º de los estatutos de la sociedad, y los artículo 570 del Código de Comercio y 76 del Decreto 2521 de 1950, conforme con las disposiciones del inciso 2º del artículo 591 del Código de Comercio. Además, al tenor de las disposiciones del artículo 6º del código civil, 'en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, norma aplicable a los actos y contratos comerciales según lo previsto en el artículo 582 del Código de Comercio...'"

"De lo anterior, dice el recurrente, el Tribunal dio por establecido un hecho sin que existiera la prueba y apreció erróneamente las siguientes pruebas: a) Las letras de cambio devueltas por la sociedad demandada y que obran en autos; b) El dictamen pericial rendido por peritos; y c) La inspección ocular practicada por el juez del conocimiento.

"Vamos a analizar cómo incurrió el Tribunal en errores de hecho que son evidentes y notorios en los autos:

"a) Las letras de cambio devueltas por la sociedad demandada al actor y que obran en autos.

"Respecto a las letras, afirma el recurrente, que es a todas luces equivocada la deducción que hace el Tribunal, La devolución que haga un acreedor a un deudor de una serie de letras aún no vencidas, no puede tener a su favor una obligación a cargo del mismo deudor. En segundo lugar, es perfectamente normal que se devolvieran al actor las letras con vencimiento posterior al 18 de junio de 1958, pues en esa fecha se declaró la caducidad de su acción; pero mal podía el Club Campestre de Cali S. A. devolverle al actor las letras anteriores a la citada fecha y que aún debía, por cuanto con esa entrega se estaría significando exactamente lo contrario a lo que sostiene el H. Tribunal, o sea el pago de las letras. Vale la pena mencionar a este respecto lo que dice la Ley 46 de 1923 en su artículo 121: 'Un instrumento negociado se des-

carga: . . . 5) Cuando el principal deudor viene a ser el tenedor del instrumento al vencimiento de éste, o después en su propio nombre". Así, pues, el hecho de que al actor no se le hubieran entregado letras de cambio a cargo suyo y a favor de la sociedad demandada, con fecha de vencimiento anterior al 18 de junio de 1958, significa, por el contrario, que tales letras no estaban en su poder porque aún no habían sido pagadas. De esta manera, el H. Tribunal procedió a dar por establecido un hecho sin que existiera la prueba, por cuanto concluyó erróneamente que con la entrega de las letras en cuestión, se probaba un hecho, que es totalmente diferente, o sea, la inexistencia de mora en el pago de los instalamentos de la acción".

"b) El dictamen pericial.

"Dice el Tribunal, continúa el recurrente, que dicho socio no estaba en mora de pagar cuotas de instalamentos, pues la letra que vencía el 1º de junio había sido pagada, ya que no fue devuelta a su girador como no pagada. . ."; así se deduce igualmente del dictamen pericial rendido por los peritos Juan Ordóñez Montero y Carlos F. Suárez, con base en la tarjeta de kárdex correspondiente a la acción número 1036 del socio Ramos. . ."

Y continúa el impugnante:

"La anterior afirmación que hace el H. Tribunal es perfectamente errada. En efecto, a folio 12 del cuaderno número 2, que contiene el dictamen pericial de los señores peritos Juan Ordóñez Montero y Carlos F. Suárez, se lee: 'k) Con base en la misma tarjeta de kárdex se establece claramente que el socio a nombre del cual figura dicha tarjeta, beneficiario de la acción número 1036 del Club Campestre de Cali S. A. debía, en fecha 18 de junio de 1958, a esa sociedad la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250,00), por cuotas de acciones, contabilizadas así:

"En 13 de enero de 1958, cuota de enero/58 ..... $	50.00
"En 12 de febrero de 1958, cuota de febrero/58	50.00
"En 12 de marzo de 1958, cuota de marzo/58	50.00
"En 17 de abril de 1958, cuota de abril/58	50.00
"En 19 de mayo de 1958, cuota de mayo/58	50.00
"Total de esta cuenta en junio 18 de 1958 ..... $	250.00

"Aclaramos que con posterioridad a esta fecha se hizo un cargo adicional a esta cuenta el 21 de junio de 1958, por otra cuota de $ 50.00. Dejamos así rendido el dictamen para el cual fuimos designados, a nuestro legal saber y entender y como contadores públicos juramentados".

"Lo anteriormente claramente demuestra que el H. Tribunal incurrió en un error inexcusable, pues interpretó las palabras del dictamen en el sentido exactamente contrario al que tienen. Lo antes transcrito significa de una manera perfectamente precisa, que de acuerdo con la tarjeta de kárdex el beneficiario de la acción número 1036 del Club Campestre de Cali S. A., debía, a tal entidad, en fecha 18 de junio de 1958, la suma de $ 250.00 por concepto de CUOTAS DE ACCIONES; es decir, en otras palabras, que el actor estaba en mora, el día 18 de junio de 1958, de pagar cinco instalamentos correspondientes a la acción suscrita por él".

"c) La inspección ocular practicada por el juez del conocimiento.

Critica el recurrente la interpretación dada por el Tribunal a la inspección ocular practicada por el juez del conocimiento en asocio de testigos actuarios, y anota:

"Igualmente de la inspección ocular practicada, se desprende, de manera ostensible, una situación completamente contraria a la que el H. Tribunal dice encontrar. En efecto, a folio 8 y 8 vuelto del cuaderno número 2, en donde aparece el acta de la diligencia de inspección ocular se lee: 'En este estado se aclara, con relación al ordinal c) de la prueba segunda, del memorial de pruebas de la parte actora, que el estado de la cuenta del señor Jaime Ramos G., a 26 de mayo de 1958, tenía un saldo de $ 1.190.10, con base en la misma tarjeta y en relación con lo que se dice del estado de la cuenta del mismo señor Ramos, a 18 de junio de 1958, ascendía a la suma de $ 1.400.10, suma ésta que aparece en la tarjeta de kárdex ya con fecha 21 de junio de 1958'. Más adelante se lee: 'Se ha solicitado copia de la tarjeta de kárdex, debidamente autenticada por el señor Revisor Fiscal del Club, para ser agregada al expediente, y para que forme parte integrante de esta acta. . ., aceptándose también que dentro de la presente diligencia figura la copia de la tarjeta de kárdex de que anteriormente se habló'. A folio 4 del mismo cuaderno número 2, aparece la citada copia de la tarjeta de kárdex, en donde claramente aparece con fecha 26 de mayo de 1958 un saldo a cargo por concepto de 'ACCIONES',

de $ 250.00; y con fecha junio 21 de 1958, aparece un saldo a cargo por ese mismo concepto de $ 300.00.

"Se puede observar fácilmente que de la diligencia de inspección ocular practicada, no aparece de ninguna manera que el demandante en fecha 18 de junio de 1958 estuviera a paz y salvo, por concepto de pago de las cuotas de acción, con la sociedad demandada; al contrario, lo único que aparece es un saldo a cargo del mismo actor.

"De lo anterior surge con toda evidencia el error del H. Tribunal al apreciar las pruebas antes de terminadas, que de haberlas apreciado en forma debida, hubiera reconocido el hecho de la mora en el pago de los instalamentos de la acción, y lo habría llevado a aplicar en su integridad las normas legales que regulan este caso y que dejó de aplicar, o sean los artículos 1602 del código civil, 570 del código de comercio terrestre y 76 del Decreto 2521 de 1950".

La Corte considera:

1.—Como se ha expresado el primer ataque se refiere a violación indirecta de los artículos 1602 del código civil, 570 del código de comercio terrestre y 76 del Decreto 2521 de 1950, por falta de aplicación de tales normas al través de errores de hecho evidentes y notorios en que incurrió el fallador al apreciar las pruebas que cita el recurrente y que le sirvieron de sustentáculo al fallo objeto del recurso.

Se transcribe la resolución proferida por la Junta Directiva del Club Campestre de Cali y en cuya parte resolutiva declaró caducada la acción a que se refiere el litigio, dice así:

"LA JUNTA DIRECTIVA DEL CLUB CAMPESTRE DE CALI, CONSIDERANDO:

"1º—Que el artículo 8º de los estatutos determina que cuando un accionista no pague el saldo del precio de su acción en los términos estipulados por el Club puede retirarle el título de accionista y apropiarse las cantidades que hubiere abonado;

"2º—El artículo 55 de los estatutos la autoriza para declarar caducada a favor de la Sociedad la acción del socio que en el plazo de siete (7) meses no haya cubierto el valor de cualquier cuota extraordinaria y en el de ciento veinte (120) días no haya cubierto el valor de vales propios o ajenos contraídos bajo la responsabilidad del socio; y

"3º—Que según los libros de contabilidad del Club los socios señores . . . Jaime Ramos y . . . están en mora de cubrir las sumas de . . . $ 1.400.10 y . . . respectivamente, por concepto de cuotas extraordinarias, vales y letras de acción, RESUELVE: ARTICULO ÚNICO. - Declárense caducadas a favor de la Sociedad Club Campestre de Cali S. A., las acciones 1036. . . y . . . que figuran inscritas a nombre de los señores. . . Jaime Ramos y . . . respectivamente. Tómese nota de esta Resolución en los libros respectivos, comuníquese a los interesados y publíquese en el Tablero del Club. - Dada en Cali a los 18 días del mes de junio de 1958. Fdo. Jaime Carvajal S., Presidente. - Fdo. Elvy Vernaza Isaacs, Secretaria".

Como se ve, el numeral primero de la Resolución número 7 se apoya en el artículo 8º de los estatutos para retirarle al socio moroso el título de accionista y apropiarse las cantidades que hubiere abonado.

2.—Dice el artículo 570 del código de comercio que: "Cuando un accionista no pagare en las épocas convenidas su cuota o alguna fracción de ella, la sociedad podrá vender por conducto de un corredor de cuenta y riesgo del socio moroso las acciones que le corresponda, apropiarse las cantidades que éste hubiere entregado, retirando el título que tenga, o emplear cualquier otro arbitrio de indemnización que acordaren los estatutos.

El artículo 1602 del código civil manifiesta: "Que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

De acuerdo con este principio, los estatutos de una sociedad civil o comercial debidamente aprobados obligan a los socios, y de consiguiente, anticipadamente se someten por su propia voluntad a los compromisos y sanciones que los mismos estatutos establezcan.

El artículo 76 del Decreto 2521 de 1950 sobre sociedades anónimas establece claramente que cuando un accionista estuviere en mora de pagar los instalamentos de las acciones que haya suscrito, la sociedad empleará los arbitrios de indemnización previstos en los estatutos o acordados en el respectivo reglamento de colocación de acciones. Como ya se ha visto, en las disposiciones normativas del Club Campestre de Cali S. A., en su artículo 8º y en el que adelante se analizará se determinaron, sin lugar a duda, los

arbitrios de que dispone la sociedad en caso de morosidad por parte de los socios en el pago oportuno de los instalamentos de sus acciones.

3.- El fallo del Tribunal anota acertadamente que el Club Campestre de Cali S. A. es una sociedad civil "cuyo principal objeto es fomentar el deporte en sus diferentes manifestaciones, no persiguiendo el lucro, como fin, sino como simple medio para llenar su objeto principal, y por lo tanto, todos sus actos han de conducir a ese objeto, sin que haya lugar a repartición de dividendos entre sus accionistas, pues todas sus utilidades deberán invertirse en los fines propios de la institución", dicen los artículos 1º, 2º y 3º de los estatutos.

4.—El Tribunal hace referencia al artículo 2.090 del código civil, en donde se declara que las sociedades anónimas civiles están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas. El artículo 570 del código de comercio está incorporado en el capítulo 2º del título VII del código de comercio que trata de las sociedades anónimas y el Decreto citado 2521 de 1950 es reglamentario del dicho capítulo 2º y por consiguiente, el artículo 76 debe entenderse en concordancia, como reglamentario que es, con el artículo 570.

5.—El fallo del Tribunal reconoce paladinamente "que la acción suscrita por el doctor Jaime César Ramos Gómez proviene de una emisión de acciones autorizada por la Asamblea General extraordinaria de socios accionistas del Club Campestre S. A. de Cali..., que elevó el capital y emitió unas acciones especiales permitiéndoles negociar libremente el derecho adquirido a suscribir la acción, con personas naturales o jurídicas, que llenaran debidamente los requisitos de admisión estipulados en los estatutos, y autorizó a los adquirentes para firmar a favor del Club Campestre de Cali S. A., *letras de vencimiento mensual* (subraya la Corte), por el valor de las cuotas extraordinarias para el pago de esa suscripción".

Y más adelante el mismo fallo, como se ha dejado expresado anteriormente, manifiesta:

"La caducidad de la acción no puede decretarla la sociedad sino únicamente cuando se trata de morosidad en pagar instalamentos pendientes, es decir, cuotas no canceladas del valor de la suscripción de la acción, de conformidad con las disposiciones de los artículos 570 del código de comercio y 76 del Decreto 2521 de 1950 normas legales en que descansa la persistencia de la condición de accionistas, aunque se haya perdido el carácter de miembro del Club Social, a causa de una sanción disciplinaria".

6.—La base fundamental del fallo y que ha dado origen al ataque que se está examinando, está contenida en el siguiente aparte de la sentencia:

"Las letras giradas por el señor Jaime César Ramos Gómez, a favor del Club Campestre de Cali S. A., por concepto de cuotas del valor de la suscripción, debían ser pagadas mensualmente. De las letras no pagadas que fueron devueltas, y que obran en autos en el cuaderno de pruebas del actor, se deduce que la época fijada para su pago era el 1º de cada mensualidad; por consiguiente, el 18 de junio, época en la cual se dictó por la Junta Directiva de la sociedad, la Resolución de caducidad número 7, sobre la acción número 1036 que figuraba inscrita a nombre del socio Jaime Ramos, dicho socio no estaba en mora de pagar cuotas de instalamentos, pues la letra que vencía el 1º de junio había sido pagada, ya que no fue devuelta a su girador como no pagada, como sí lo fueron las seis letras subsiguientes números 00781 a 00786, inclusive, cuyos vencimientos comenzaban el día 1º de julio de 1958, hasta el 1º de diciembre de dicho año; así se deduce igualmente del dictamen pericial rendido por los peritos Juan Ordóñez Montero y Carlos F. Suárez, con base en la tarjeta de kárdex correspondiente a la acción número 1036 del socio Ramos Jaime, y de la inspección ocular practicada por el juez del conocimiento, en asocio de testigos actuarios, sobre los libros de la sociedad".

De esto deduce el Tribunal que el socio Jaime César Ramos Gómez no estaba en mora de pagar instalamentos de su acción 1036 y que por lo tanto, es nula la resolución de caducidad de la acción, porque se violaron los artículos citados y el 8º de los estatutos de la sociedad. Conforme con las disposiciones del inciso 2º del artículo 591 del código de comercio y el 6º del C. C. en que se expresa que: "En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, son aplicables a los actos y contratos comerciales, según lo previsto en el artículo 182 del código de comercio, y también teniendo presente que las sociedades anónimas sin ánimo de lucro como antes se vio, son sociedades civiles".

Como se ha observado antes, para la caducidad de la acción la Junta Directiva del Club Campestre de Cali le dio aplicación al artículo

8º de los estatutos que se halla expresamente autorizado por las normas del código de comercio y del decreto reglamentario respectivo a que antes se ha hecho alusión.

7.—No es válido el argumento del Tribunal cuando dice que el socio Jaime César Ramos G. no estaba en mora de pagar cuotas de instalamentos, pues la letra que vencía el 1º de junio había sido pagada, ya que no fue devuelta al girador como no pagada, como si lo fueron las seis letras subsiguientes, cuyos vencimientos comenzaban el día 1º de junio de 1958, pues precisamente si esa letra ha debido cubrirse el 1º de junio de dicho año y no lo fue, el Club Campestre tenía el derecho, reconocido por los estatutos de retener las letras vencidas y no pagadas para someterlas al procedimiento de sanciones allí mismo establecido; ello se advierte de manera más clara al analizar las probanzas que sirvieron de base al fallo.

C) La inspección ocular y concepto de peritos.

Se pudo verificar en dicha diligencia que los libros de actas de la junta directiva, de la asamblea general, el de diario, el de asientos de contabilidad, se encuentran debidamente registrados. En la continuación de la diligencia de inspección ocular (folio 8 c. 2º) se lee:

"Se puso a disposición del juzgado una tarjeta de kárdex, en la cual figura el nombre del socio Ramos Jaime, cuya acción se distingue con el número 1036, tarjeta en la cual figuran asientos de contabilidad a partir del 31 de junio de 1957, hasta el día 21 de junio de 1958, partiendo con un saldo de $ 703.90 y finalizando con un saldo de $ 1.400.10, por concepto de vales, cuota ordinaria, cuota extraordinaria y acciones. Asimismo se solicitó se pusiera a disposición del juzgado los libros de contabilidad con el fin de establecer los hechos a que se refiere el ordinal d) de la prueba segunda del memorial de pruebas de la parte actora, presentándose para tal efecto por el Club, la tarjeta de kárdex anteriormente relacionada, en cuyo asiento correspondiente a 19 de mayo de 1958, figura la planilla número 12 con el abono de $ 520.00 distribuídos así: pago por cuota ordinaria: $ 120.00; pago por cuota extraordinaria, $ 300.00; pago por acciones, $ 100.00, no pudiendo constatarse por esta hoja de kárdex si estos valores corresponden al cheque que según se dice tiene el número 656352 del 16 de mayo de 1958 por la cantidad de $ 520.00 moneda corriente, contra el Banco de Comercio a favor del Club Campestre de Cali S. A. y girado por el señor Jaime C. Ramos G. En este estado se aclara, con relación al ordinal c) de la prueba segunda, del memorial de pruebas de la parte actora, que el estado de la cuenta del señor Jaime C. Ramos G. a 26 de mayo de 1958, tenía un saldo de $ 1.190.10 con base en la misma tarjeta y en relación con lo que se dice del estado de la cuenta del mismo señor Ramos, a 18 de junio de 1958 ascendía a la suma de $ 1.400.10, suma ésta que aparece en la tarjeta de kárdex ya con fecha 21 de junio de 1958".

Los peritos Juan Ordóñez Montero y Carlos F. Suárez rinden su concepto en pliego separado, contestando los cuestionarios que les fueron formulados; allí los expertos insisten en manifestar que los libros principales diario y mayor de contabilidad se encuentran debidamente registrados y estampillados, encuadernados, foliados y sus hojas rubricadas por el secretario de la Cámara de Comercio de Cali.

Al hacer el examen sobre los libros y con relación a instalamentos de acciones, se encontraron cargos en contra del socio Jaime C. Ramos G. desde noviembre 13 de 1957 hasta abril 17 de 1958 por valor de $ 300.00 y un abono de $ 100.00; los peritos tuvieron en cuenta las letras a que hace relación la diligencia.

En la letra f) se declara que el saldo débito a nombre del socio Ramos Jaime, acción número 1036 a mayo 19 de 1958, era en efecto la suma de $ 980.10, distribuída así:

"Saldo débito de la columna de "vales" ..... $	40.10
"Saldo débito de la columna de "Cuota ordinaria"	240.00
"Saldo débito de la columna de "Cuota extraordinaria"	500.00
"Saldo débito de la columna de "Acciones"	200.00
"Total de estos saldos débitos ..... $	980.10

En la letra g) se hace referencia a que el 19 del citado mes de mayo de 1958 se aplicó por la contabilidad del Club Campestre el valor de $ 520.00, para hacer abonos, según el siguiente detalle:

"Abonos a cuotas ordinarias de noviembre a diciembre de 1957 ..... $	120.00
"Abono a cuotas extraordinarias de noviembre a diciembre de 1957	300.00

"Abono a cuenta de acciones de noviembre a diciembre de 1957 ..... 100.00

"Total del abono, según planilla número 12 de cobros.....$ 520.00

En la constancia de la letra h) se dice:

Que según la misma tarjeta el saldo en 21 de junio a cargo del referido socio era de $ 1.420.10, suma en la cual queda incluído el valor de $ 300.00 por concepto de instalamentos no pagados sobre la acción de pertenencia del socio Jaime César Ramos G., cuenta que se detalla en las letras i), j) y k) del dictamen; en esta última letra de la diligencia hace especial anotación el recurrente y se ha insertado anteriormente.

En la diligencia de inspección ocular se hizo referencia a los varios títulos escriturarios que contenían la constitución de la sociedad y la reforma de los estatutos.

En cuanto dice relación al artículo 55 a cuya ilegalidad se refiere el Tribunal, es bueno anotar que las sanciones allí contempladas que llegan hasta el extremo de autorizar a la Junta Directiva para retirar el total de la acción a favor de la sociedad, no se refiere a la morosidad del socio en el pago de los instalamentos de acciones, cuya sanción se determina por el artículo 8º de los estatutos; sino a la mora en el pago de vales y de cuotas ordinarias o extraordinarias destinadas exclusivamente al servicio y mantenimiento del Club Social.

Estas diligencias de inspección ocular y de peritazgo no fueron objetadas en cuanto a las conclusiones deducidas en ellas.

De acuerdo con el artículo 730 del código de procedimiento civil, el acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez. Y en cuanto hace referencia a los puntos materia del dictamen pericial su fuerza probatoria se deduce de la que se concede a esta clase de prueba, que si es verdad corresponde al fallador de instancia calificar las bases del dictamen, no es menos cierto que cuando la prueba pericial descansa sobre fundamentos objetivos como es la deducción que se hace sobre el examen de los libros de contabilidad de una sociedad que se hallan extendidos con las formalidades legales, el fallador no puede rechazar el fundamento del peritazgo, sino en cuanto aparezca que ese fundamento fue equivocado, tanto más cuanto que los libros de comercio hacen fe en los asientos que ellos contengan, según los artículos 47 y 48 del código de comercio, aplicables al caso, por tratarse de una sociedad civil que se gobierna por las disposiciones de la sociedad anónima comercial.

Si tanto de la inspección ocular como del dictamen de los peritos se deduce de manera inobjetable que el socio Jaime César Ramos Gómez estaba en mora de pagar las cuotas de varias acciones de capital que había suscrito a favor de la Sociedad Club Campestre de Cali S. A., la resolución sobre caducidad apoyada en el artículo 8º de los estatutos, y en concordancia con las normas legales que se han citado anteriormente, tienen plena validez legal; y en consecuencia, el Tribunal incurrió en un error manifiesto de hecho al dar por establecido que el socio no estaba en mora de pagar los instalamentos de su acción y con ello violó por vía indirecta el artículo 8º de los estatutos, ley fundamental de la sociedad anónima y los preceptos citados por el recurrente.

Cabe observar también, que la Junta Directiva por autorización expresa de los estatutos, podía aplicar la sanción, calificando su oportunidad; derecho que nace desde el momento en que el accionista se constituye en mora, sin que sea necesaria la intervención de ninguna autoridad extraña a la sociedad al hacer uso de ese derecho, cuando la sanción se dirige, como lo hace la resolución que se ha demandado a cancelar la acción del socio moroso.

Encuentra la Corte demostrado con prueba eficaz y plena el error a que alude el recurrente y de consiguiente el cargo prospera, absteniéndose, por lo tanto, del estudio del ataque segundo.

FALLO DE INSTANCIA

Las razones que se han expuesto al través del análisis hecho de la prueba están demostrando que el socio Jaime César Ramos Gómez por la fecha en que fue expedida la Resolución número 7 de 19 de junio de 1958, se encontraba en mora de pagar varios instalamentos de su acción número 1036; la inspección ocular y el dictamen de los expertos no admite duda sobre este particular; si ello es así no se violó el artículo 8º de los estatutos, ni el artículo 570 del código judicial, como tampoco el artículo 76 del Decreto número 2521 de 1950, y por lo tanto, no se acomoda a esta situación lo dispuesto por

el artículo 6º del código civil que se invoca en el fallo del Tribunal, siendo de observar, por otra parte, que el contrato de sociedad legalmente celebrado es ley para los contratantes (arts. 1602 C. C.) que origina obligaciones en donde no están interesados el orden público y las buenas costumbres, como se afirma en la demanda, pues la lectura de los estatutos demuestra todo lo contrario; la constitución de una sociedad de tipo recreativo, en donde ni siquiera hay lugar a la repartición de utilidades.

Y cuando la sociedad actúa para aplicar la sanción lo hace soberanamente sin contar con el consentimiento del accionista en mora, porque el solo retardo en el pago de las acciones o de las cuotas de ellas, otorgan a la sociedad el derecho de retirarle el título y eso es lo que debe entenderse como hecho por la Junta Directiva cuando habla de caducidad de la acción, decisión que funda principalmente en el artículo 8º de los estatutos, artículo que indudablemente tiene su fundamento jurídico en las disposiciones legales que se han citado anteriormente.

Si la sociedad es soberana en la aplicación de la sanción de caducidad, ella puede imputar libremente los pagos que haga el deudor moroso no sólo a las cuotas de acciones vencidas, sino a otros objetos que tienen como finalidad los servicios y sostenimientos del Club Social, observándose nuevamente, que el artículo 55 de los estatutos no se relacionan con la sanción de caducidad que legalmente estatuye el artículo 8º de la Carta de la sociedad.

El doctrinante Moreno Jaramillo, en su obra sobre Sociedades, tomo 1º, pág. 109, numeral 70, al referirse a la cuestión de las sanciones respecto de los socios morosos, dice literalmente:

"Establece la ley una sanción bien trascendental contra el accionista que no pagare en las épocas convenidas sus cuotas o alguna fracción de ellas: la de que la compañía pueda vender, por conducto de un corredor, las acciones que correspondan al accionista moroso, por cuenta y riesgo de éste, y apropiarse las cantidades que tal accionista hubiera entregado, retirándole el título que tenga. Si la compañía lo prefiere, puede emplear contra el moroso cualquier otro arbitrio de indemnización adoptado en los estatutos.

"Más claramente: si en la carta social se guardare silencio en punto de sanciones contra el suscriptor moroso, puede la compañía castigarlo con esa especie de expropiación que la ley autoriza y consagra; pero si en la carta se adopta otro arbitrio de indemnización, será ese el que se aplica, y no el legal aludido. Por tanto, si se quiere que las sanciones constitucionales se impongan sin perjuicio de la legal, debe estipularse así claramente".

En el cuaderno de pruebas pedidas por la parte demandada obra la diligencia de absolución de posiciones absueltas por el actor Jaime César Ramos C. en donde aparte de confesar que elevó solicitud de ingreso al Club Campestre de Cali y que en ella se comprometió a cumplir con los estatutos de tal entidad, confiesa paladinamente al contestar la pregunta quinta del interrogatorio: "Que el 18 de junio de 1958 en que se dictó la resolución de caducidad debía la cantidad de $ 1.400.00", suma que corresponde a la verificada por los peritos al examinar el kárdex y libros de contabilidad de la sociedad.

DECISION:

En mérito de las condiciones 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, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha primero (1º) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), objeto del recurso de casación, y como fallador de instancia,

RESUELVE:

Revócase la sentencia del juez de primera instancia de fecha veintitrés (23) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962).

Absuélvese al Club Campestre de Cali S. A. de los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
DILIGENCIA
RAMA JURISDICCIONAL

H E R E D E R O

Esta calidad también puede probarse en juicio con la copia del reconocimiento hecho en el sucesorio.

El reconocimiento de herederos que se hace en un juicio mortuorio supone en todo caso la comprobación previa, con copia auténtica de las partidas respectivas o con las pruebas supletorias del caso o con el testamento, de la muerte del causante y del parentesco de esos herederos con éste o de la institución testamentaria. El auto de reconocimiento de herederos ofrece, pues, el respaldo probatorio mencionado, y de aquí que la Corte haya expuesto en repetidas ocasiones la doctrina de que la copia auténtica de ese auto constituye prueba suficiente de la calidad de herederos en los reconocidos cuando se necesita establecer este carácter en cualquiera otro juicio diferente del sucesorio o en que la litis no verse precisamente sobre el estado civil que acreditan aquellas partidas. Así se expresó, por ejemplo, en casaciones de febrero 22 de 1952 (LXXI, 2110, 102 y 104) y de julio 14 de 1954 (LXXVIII, 2146, 39). El auto mencionado tiene el valor de documento auténtico, según lo dispuesto por el artículo 632 del C. Judicial, y su copia es prueba idónea para demostrar la calidad de herederos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., julio veinticinco de mil novecientos sesenta y seis.

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

En la sucesión doble de los cónyuges Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo que se ventila en el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, se practicó la diligencia de inventario y avalúo de los bienes relictos y dentro de esa relación se incluyó como bien de la mortuoria un fundo rústico conocido con el nombre de "Pantanitos" o "Manzanal", ubicado en la vereda de Neusa, jurisdicción del Municipio de Cogua, y alindado como se indica en el acta de aquel inventario. Allí mismo se expresa que la totalidad de este inmueble la había adquirido el causante Cubillos por compra que hizo a Fermín, Paulino, Juan y Antonio Cubillos, José Reyes, Carmen, Felisa, Rosa y Balbina Pinzón, mediante la Escritura Nº 542, extendida en la Notaría de Zipaquirá el 12 de junio de 1932.

Ante el mismo Juez Civil del Circuito de Zipaquirá, los señores Lastenia, José Alfredo y Francisco Robayo Olaya, hablando en calidad de herederos de José Robayo y Ana Rosa Olaya y para la sucesión doble de éstos, demandaron a los señores Pedro Mario Alvarado, Jacobo Ballesteros, Reyes Olaya, Francisco Elías y Antonio Cubillos, en su carácter de copartícipes en la mortuoria de Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que dentro del inventario practicado en el juicio sucesorio de los nombrados Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo se incluyó en forma indebida un lote de terreno perteneciente a la mortuoria de José Robayo y Ana Rosa Olaya, se decretase la exclusión de este inmueble, se levantase el secuestro del mismo y se ordenara su entrega a los actores.

Los hechos de la demanda, expresan, en resumen, que José Robayo adquirió el lote de terreno que se trata de excluir por compra que hizo a Elíecer Gómez mediante la Escritura Nº 885, otorgada en la Notaría de Zipaquirá el 22 de noviembre de 1927; que Robayo poseyó desde entonces este inmueble en forma tranquila y pública y sin interrupción hasta el mes de noviembre de 1950, en que fallecieron tanto él como su mujer Ana Rosa Olaya; que después de esta última fecha continuaron poseyendo el mismo lote sus herederos, o sea los demandantes en este juicio de exclusión; que la porción de terreno adquirida y poseída por Robayo se encuentra comprendida dentro de los linderos generales del predio llamado "Pantanitos" que se relacionó en el

inventario de bienes de la sucesión de Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo; que los herederos de estos causantes carecen de título sobre el mentado lote de Robayo y que, al incluirlo en el inventario dicho, lo hicieron en forma indebida.

Los demandados contestaron el libelo oponiéndose a las pretensiones de los actores, aceptando unos hechos, negando otros y arguyendo en general que el lote de terreno a que se refiere la demanda de exclusión hace parte del fundo relacionado en el inventario de la sucesión de Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo y que José Robayo no adquirió ni podía adquirir cuerpo cierto, sino derechos en la misma mortuoria en razón de la transferencia que de tales derechos había efectuado antes uno de los herederos de los causantes Heliodoro y Juliana.

El Juez del conocimiento puso término a la primera instancia del juicio con el fallo de 20 de junio de 1961, en el cual se declaró que la porción de terreno reclamada por los demandantes había quedado indebidamente incluída en el inventario de los bienes de la sucesión de Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo, se decretó la exclusión de ese inmueble y se dispuso levantar el secuestro practicado sobre el mismo.

LA SENTENCIA ACUSADA

La parte demandada se alzó contra el fallo de primer grado y, una vez surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá pronunció la sentencia de 15 de mayo de 1962, por la cual se confirmó la decisión apelada y se condenó en costas a los apelantes.

El fallo del Tribunal hace la reseña del juicio y de los títulos allegados por las partes, anota que la sentencia de primer grado acogió varios de esos títulos que no aparecen inscritos y que por ello no pueden ser admitidos como prueba y expresa que la personería de las partes figura comprobada con las copias de los autos en que se hicieron las declaraciones de herederos en favor tanto de los demandantes como de los demandados en las respectivas sucesiones ahora enfrentadas.

Dice la misma sentencia que la acción propuesta en este juicio es la de exclusión de bienes de una mortuoria, que tal acción compete al dueño del bien indebidamente inventariado y se dirige contra quien sea el poseedor de éste y que la jurisprudencia ha encontrado similitud entre esa acción y la de dominio. Recuerda la regla sobre confrontación de títulos entre sí o con la posesión del demandado en reivindicación y sostiene que, considerando los hechos expuestos en la demanda, la parte actora invocó en este negocio tanto un título adquisitivo de dominio sobre el inmueble de la exclusión, como la posesión del mismo lote de terreno ejercida desde 1927 hasta la fecha de la propia demanda, de modo que, así como lo entendió el fallo de primera instancia, debe estimarse que los demandantes alegan aquí como fundamento de su acción la usucapión o prescripción adquisitiva del dominio sobre el fundo mencionado.

Con base en esta premisa, la sentencia recuerda el tiempo que la ley exige en la posesión para ganar el dominio por prescripción ordinaria y extraordinaria, cita los testimonios de Silvano Arévalo, Benjamín e Ignacio Hernández, aducidos por la parte actora, y admite que estas declaraciones comprueban que José Robayo poseyó la parcela de "Pantanitos" desde 1924 hasta el día de su fallecimiento, acaecido en 1950, y que de ahí en adelante la siguieron poseyendo sus herederos José Alfredo y Lastenia Robayo. Observa que el artículo 2521 del C. Civil autoriza la agregación de posesiones cuando existe un vínculo de unión entre el antecesor y el sucesor, y, después de anotar el argumento de los demandados sobre que Robayo era un simple cesionario de derechos herenciales en la sucesión de Heliodoro Cubillos, añade:

"El instrumento público número 885, de 22 de noviembre de 1927, registrado el 27 de diciembre del mismo año, da fe de que Robayo compró el derecho de dominio sobre un cuerpo cierto. Constituye, pues, una verdadera interversión y comprueba por ende la iniciación de la posesión a nombre propio. Y como desde entonces a la notificación de la demanda, surtida el 15 de octubre de 1957, transcurrió el lapso requerido tanto para la prescripción ordinaria como para la extraordinaria, se impone reconocer el derecho de dominio de los demandantes".

Por último, el fallo expresa que en este juicio aparece probado que la parcela de "Pantanitos" fue incluída en el inventario de los bienes de la mortuoria de Heliodoro Cubillos, que ese inmueble es cosa singular, que fue debidamente identificado y que el secuestro del mismo lote que se practicó dentro del juicio sucesorio de Cubillos no alcanzó a despojar de su posesión a los actores.

LA IMPUGNACION

La misma parte demandada recurrió en casación y con respaldo en las causales primera y

sexta del artículo 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado dos cargos que la Corte procede a examinar en orden lógico.

Primer cargo. - Se funda en que se incurrió en este juicio en una nulidad consistente en la ilegitimidad de la personería en ambas partes litigantes.

El recurso sustenta este cargo afirmando que los demandantes obran aquí como herederos de José Robayo y Ana Rosa Olaya y para la sucesión de éstos, que promovieron su acción de exclusión de un lote de terreno contra los herederos de Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo, que para demostrar esas calidades de herederos se trajeron las copias de los autos por los cuales, en las sucesiones respectivas, se hicieron los reconocimientos de herederos en favor de los demandantes y de los demandados y que, conforme a lo prescrito por los artículos 632 del C. Judicial y 18 de la Ley 92 de 1938, ese carácter de herederos y la defunción de los causantes deben ser establecidos, no con la copia de los autos mencionados, sino con copia de las partidas correspondientes, expedida por el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil. En seguida dice el recurso:

"Por lo dicho en las disposiciones anteriores, de orden público, salta a la vista que la exclusión de bienes de una sucesión para otra sucesión, deja de ser legal y contraria al presupuesto procesal si no aparece demostrada la personería de las partes del juicio, como en el caso de autos, en que no se llevaron al expediente las partidas de origen civil de matrimonios de los causantes, ni las partidas de nacimientos, partes del juicio, ni las partidas de muerte de los causantes, sino documentos que no tienen la virtud de servir de pruebas, es decir, no se demostró la capacidad legal de las partes para intervenir en este negocio; hubo carencia de personería, hubo ausencia de personería, hubo inexistencia de capacidad para hablar a nombre de entidades ilíquidas; sin embargo, el Tribunal Superior aceptó dichos documentos como prueba del estado civil de las partes y concluyó en que estaba demostrada esa capacidad legal, sin estarlo, como lo tengo demostrado, incurriendo el Tribunal, al estudiar esa documentación, en errónea aplicación de los hechos y en errónea interpretación del derecho al aplicar los artículos 632 del C. J. y el artículo 18 de la Ley 92 de 1938 a hechos no evidenciados, es decir, incurrió en el motivo de casación Nº 6º de que trata el artículo 520 del C. J., o sea en estimar legítima una personería en juicio, sin estar evidenciada con documentos pertinentes".

La Corte considera:

El reconocimiento de herederos que se hace en un juicio mortuorio supone en todo caso la comprobación previa, con copia auténtica de las partidas respectivas o con las pruebas supletorias del caso o con el testamento, de la muerte del causante y del parentesco de esos herederos con éste o de la institución testamentaria. El auto de reconocimiento de herederos ofrece, pues, el respaldo probatorio mencionado, y de aquí que la Corte haya expuesto en repetidas ocasiones la doctrina de que la copia auténtica de ese auto constituye prueba suficiente de la calidad de herederos en los reconocidos cuando se necesita establecer este carácter en cualquiera otro juicio diferente del sucesorio o en que la litis no verse precisamente sobre el estado civil que acreditan aquellas partidas. Así se expresó, por ejemplo, en casaciones de febrero 22 de 1952 (LXXI - 2110, 102 y 104) y de julio 14 de 1954 (LXXVIII - 2144, 79). El auto mencionado tiene el valor de documento auténtico, según lo dispuesto por el artículo 632 del C. Judicial, y su copia es prueba idónea para demostrar la calidad de herederos.

A este juicio se trajo copia del auto por el cual se reconoció a los demandantes como herederos de José Robayo y Ana Rosa Olaya en el juicio sucesorio de éstos. Esa copia acredita la calidad de herederos en los mismos actores y la personería que los asiste para hablar en nombre y a favor de la mortuoria de sus padres, de manera que por el lado de la parte demandante ningún reparo merece la personería con que actúan quienes la integran.

También se adujo copia de los autos por los cuales se hizo el reconocimiento de herederos en favor de unos de los demandados y de cesionarios de herederos en pro de otros dentro del juicio de sucesión de Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo. Esta copia comprueba asimismo el carácter de herederos y de interesados en los mismos demandados y la personería que tienen para obrar en nombre de la sucesión mencionada.

Lo cual pone de relieve que en este negocio sí aparece debidamente acreditada la personería de ambas partes litigantes y que, al reconocerlo así, en ninguna causal de invalidez procesal incurrió la sentencia. El cargo carece por tanto de fundamento.

Segundo cargo. - Versa sobre la violación directa, a causa de interpretación errónea, de los artículos 946, 947, 949, 950 y 952 del C. Civil.

En sustentación de este motivo expresa el recurso que por la delación se transmite la herencia

a los herederos y que éstos posen en común, de suerte que ninguno de ellos o sus cesionarios puede poseer como dueño ningún bien ni porción alguna de tal herencia mientras ésta no se haya liquidado. Afirma también que, en juicios como el presente, se requiere confrontar los títulos que aducen las partes para determinar cuáles de ellos merecen prelación, que en este caso los demandados allegaron un título fechado en 1882, que en cambio los actores sólo presentaron un título de compra de unos derechos herenciales y que por lo mismo debe preferirse el título de los demandados para tener por comprobado que el dominio de la finca "Pantanitos" corresponde a la sucesión de Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo. Sostiene que, según el artículo 949 del C. Civil, se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, pero no derechos y acciones en una universalidad jurídica, y que la sentencia quebrantó este precepto, por interpretación errónea, al estimar viable la reivindicación de los derechos y acciones herenciales que tienen los demandantes. En seguida añade:

"La Entidad falladora ha violado directamente y por errónea interpretación y aplicación los artículos 946, 947, 950, 952 del C. C., por estas consideraciones: 1ª) - No está demostrado que los actores sean dueños de lo que pretenden reivindicar, por las razones ya dichas de que no exhibieron títulos de propiedad que fueran conducentes. 2ª) - Tampoco se constató que los mismos actores hubieran probado la identidad de lo que reclaman con los malos títulos que presentaron, pues apenas se constató en la primera diligencia de inspección ocular que el lote delimitado ad hoc en la demanda, hace parte de la finca general de Pantanitos, pero no que fuera el de los títulos que presentaron, pues, como tengo advertido, lo señalan por dos costados con Tobías Antonio Cubillos y Reyes Olaya, y estas personas apenas son comuneros en dicha finca y no colindantes, como ya lo tengo expresado, y esa manera de identificación no la reconoce la Ley. 3ª) - Igualmente los actores se propusieron demostrar que la finca materia del juicio, la tienen en posesión material ellos y entonces falta el elemento de posesión por parte de los demandados, porque si los actores tienen la posesión, la reivindicación no puede surgir, porque ésta tiene por objeto la restitución de la cosa demandada".

La Corte considera:

Formulado este segundo cargo por la causal primera de casación, se observa al punto que su planteamiento no consulta la técnica de este recurso extraordinario. No obstante que se atribuye a la sentencia la violación directa de varios preceptos sustanciales, tal censura se apoya en que los actores no aportaron títulos conducentes para reivindicar, en que no se comprobó la identidad del lote de terreno que se pretende excluir, en que el fallo impugnado no le reconoció al título de los demandados la prelación que merece y en que, si los demandantes son los poseedores del inmueble aludido, no procedía ni era viable en este caso la acción de dominio. Es decir, que el cargo se encamina a demostrar que no aparece aquí prueba de las pretensiones de los demandantes, denotando así que la infracción de ley sustancial que se imputa al fallo proviene de errores en la apreciación de las pruebas y que es indirecta y no directa, como se enuncia en el recurso. Lo cual pone de manifiesto que, en relación con este segundo motivo, no hay aquí demanda de casación técnicamente formulada, sino un alegato de instancia que, por ser tal, resulta ineficaz.

Cabe anotar, sin embargo, que la sentencia tuvo por demostrado que la acción de exclusión se refería a una porción de terreno determinada como cosa singular, que ese inmueble fue debidamente identificado en el juicio, que los demandantes presentaron un título de adquisición de tal tuvo por su causante José Robayo y no de derechos en una sucesión y que comprobaron además la posesión del mismo lote por el tiempo suficiente para adquirir su dominio por usucapión. El recurso no alegó ni acreditó que la sentencia hubiera errado de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas demostrativas de estos factores de la acción de exclusión, sino que se limitó a imputarle al fallo la violación directa de varios preceptos relacionados con la acción reivindicatoria, y es obvio que, al hallar establecidos los elementos de la acción de exclusión, ninguna norma sustancial quebrantó la sentencia por reconocer el derecho de los demandantes y por decretar los pronunciamientos que éstos invocaron.

RESOLUCION

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 quince de mayo de mil novecientos sesenta y dos, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario sobre exclusión de bienes promovido por Lastenia, José Alfredo y Francisco Robayo Olaya,

como herederos de José Robayo y Ana Rosa Olaya, contra los señores Pedro Mario Alvarado, Jacobo Ballesteros, Reyes Olaya, Francisco Elías y Antonio Cubillos, en su calidad de interesados como herederos o cesionarios en la sucesión de Heliodoro Cubillos y Juliana Robayo.

Sin costas en el recurso de casación porque no se causaron.

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

Enrique Lopez de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

Confrontación de títulos. — Posesión del demandado anterior a la fecha de registro del título del demandante. — Causal 1ª de casación.

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

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

El señor Juan Manuel Dávila Barreneche demandó a Luis Aurelio Noguera ante el Juez Civil del Circuito de Santa Marta para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se condenase al demandado a restituir al actor una porción de terreno, con sus mejoras, anexidades y frutos, ubicada en el perímetro urbano de la nombrada ciudad de Santa Marta y alindada como se indica en la demanda.

Los hechos en que se funda la acción expresan que por la Escritura Nº 456, extendida en la Notaría Segunda de Santa Marta el primero de septiembre de 1955, el citado Juan Manuel Dávila le compró en $ 500.00 al señor Antonio Mendoza el solar o lote de terreno señalado en la parte petitoria de la demanda; que el vendedor Mendoza había adquirido ese inmueble por posesión tranquila y no interrumpida, y las mejoras consistentes en una construcción de adobe y cemento por haberla levantado a sus expesas; que Dávila no ha enajenado el solar dicho y que aun se encuentra vigente la inscripción de su aludido título de adquisición la cual se realizó el 30 de septiembre de 1955; que el mismo Dávila hubo el lote de quien era su dueño y que su tradente Mendoza lo adquirió también en forma legal; que el demandante está privado de la posesión de ese bien, porque tal posesión la ejerce el demandado Noguera; que éste empezó a poseer el solar desde principios de 1956 y que se reputa dueño de ese inmueble sin serlo de veras, ya que el título que ostenta proviene de quien no era propietario; que Antonio Mendoza fue la única persona que estuvo poseyendo el lote antes de Noguera y que este demandado es el actual poseedor del bien en referencia.

El demandado Luis Aurelio Noguera contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones del actor, negando la mayoría de los hechos, diciendo ser cierto que él es el poseedor y dueño del inmueble señalado en la demanda y contradiciendo que Antonio Mendoza hubiera poseído ese bien en ningún tiempo.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de 25 de agosto de 1959, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió al demandado y se condenó en costas al demandante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Apelado por el mismo actor el fallo de primera instancia y surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta pronunció la sentencia de 13 de junio de 1962, por la cual, con el voto disidente de uno de los Magistrados, se confirmó la decisión apelada y se condenó también en costas al demandante.

La motivación de la sentencia de segundo grado empieza por anotar que en este juicio el actor ejercita la acción de dominio que consagra el artículo 946 del C. Civil, recuerda los cuatro elementos que concurren a integrar esa acción y acomete luego el examen de las pruebas aducidas para demostrar cada uno de dichos factores.

En relación con el factor del dominio en el demandante, observa que para comprobar su derecho de propiedad presentó el señor Dávila Barreneche la Escritura Nº 456, de primero de septiembre de 1955, registrada el 30 de los mismos mes y año, por la cual le compró a Antonio Mendoza el solar que es objeto de la litis. También adujo un certificado del Registrador de II. PP.

sobre que la inscripción de ese título se halla vigente. Anota asimismo la sentencia que, por su parte, el demandado Luis Aurelio Noguera allegó la Escritura Nº 442, otorgada en la Notaría Segunda de Santa Marta el 29 de agosto de 1955, en la cual consta que el propio Noguera le compró en $ 2.000.00 al señor Nelson Daza el inmueble en litigio. Esta escritura fue registrada el mismo día de su otorgamiento. Confrontados estos dos títulos como lo recomienda la jurisprudencia, resulta que el del demandante es posterior al del demandado, razón por la cual no puede prosperar por este primer aspecto la acción en ejercicio.

Como ambas partes litigantes alegan que sus respectivos antecesores, señores Antonio Mendoza y Nelson Daza, poseyeron el solar antes de transferir su dominio, la sentencia aborda el análisis de las pruebas aportadas para establecer esa posesión anterior. Los elementos de juicio producidos por el demandante consisten en los testimonios de Alberto Campo, Nasario Rodríguez, Miguel Vicioso, Roberto Fawcet, Efraín Narváez, Ismael Montes y Carlos A. Rojas. Examina por menudo lo que afirma cada uno de estos declarantes, destaca las deficiencias y contradicciones de sus testimonios en cuanto se refieren a la posesión de Antonio Mendoza sobre el lote de terreno y dice en seguida:

"Del pormenorizado análisis que de las declaraciones anteriores se acaba de hacer, se saca en conclusión que son tantas las deficiencias, imprecisiones y vaguedades de que adolecen, tal la falta de acuerdo en los hechos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, y lo que es más tan manifiestas, protuberantes y ostensibles las contradicciones e incongruencias entre unas y otras y entre los propios términos de cada una de ellas, que no sólo no alcanzan a constituir plena prueba, ni presunción alguna, sino que ni siquiera logran formar el más leve indicio en relación con los hechos a que se refieren, o lo que es lo mismo, con los constitutivos de la posesión que se afirma tuvo el señor Antonio Mendoza sobre el lote materia de la litis.

"Del caso es, pues, conforme a lo establecido por el artículo 702 del Código Judicial, prescindir de estas declaraciones por su ningún valor probatorio y aceptar que no se ha demostrado en este juicio el segundo de los hechos fundamentales de la demanda, según el cual el señor Antonio Mendoza, causante del actor, hubo el inmueble en litis por posesión tranquila e ininterrumpida ejercida sobre él".

La sentencia transcribe a continuación varios pasos del fallo de primer grado en que se mantiene el mismo concepto anterior y afirma en conclusión que no aparece probado que Antonio Mendoza hubiera ejercido posesión sobre el solar en litigio y que en esas circunstancias nada pudo transferir a su sucesor Dávila Barreneche.

Pasando a estudiar las probanzas relativas a la posesión que el demandado alega tener sobre el mismo inmueble, expresa el fallo que Luis Aurelio Noguera trajo al negocio la Escritura Nº 92, extendida en la Notaría Segunda de Santa Marta el cinco de marzo de 1956, en la cual figura que se protocolizaron los siguientes documentos y testimonios:

a) - Un memorial de fecha cinco de agosto de 1955, dirigido por Noguera al Alcalde de Santa Marta, en que aquél le da cuenta a éste de la existencia de un lote de terreno que en otro tiempo sirvió de cementerio y que ahora se halla abandonado y le solicita autorización para trasladar a otro cementerio los restos humanos que allí existían.

b) - Una resolución del once de agosto de 1955, por la cual el Alcalde nombrado concede permiso a Noguera para efectuar el traslado de los referidos restos humanos.

c) - Un certificado del Párroco de la Iglesia Catedral de Santa Marta sobre que Noguera es dueño de un osario en el cementerio católico, osario que está destinado a inhumar allí unos restos humanos sacados de otro cementerio abandonado.

d) - Las declaraciones de los señores Carlos E. Cotes, Ignacio España y Fernando Anaya sobre que ellos exhumaron, por cuenta de Noguera, unos restos humanos de un cementerio abandonado, labor que se practicó en los días 12 y 17 de agosto de 1955.

e) - Otro memorial de 30 de agosto de 1955, dirigido por Noguera al propio Alcalde de Santa Marta en solicitud de que se le permitiera construir en el mismo lote dos tapias y un depósito provisional, acompañado tal memorial de una certificación del Tesorero sobre el pago de los impuestos municipales.

f) - Una resolución del Alcalde citado, de la misma fecha de 30 de agosto de 1955, en que se confiere a Noguera permiso para levantar las construcciones mencionadas.

g) - Una constancia de los señores Carlos E. Cotes, Félix Iguarán, Vicente Calero y Fernan-

do Anaya sobre que en los días primero, dos y tres de septiembre de 1955 ellos hicieron en el lote unas construcciones por cuenta de Noguera y sobre que éste era la única persona que estaba entonces en posesión de ese inmueble."

La sentencia anota que los nombrados Carlos E. Cotes y Fernando Anaya rindieron declaraciones en que ratificaron lo dicho por ellos en la constancia antes expresada. Dice que se recibieron también los testimonios de Mario Camacho, Raúl Mier, Gregorio Pérez y Raúl Huguet sobre que a éstos les consta que Noguera posee el terreno en litigio desde el año de 1955.

Acerca de las pruebas anteriores expresa la sentencia: "Los documentos atrás relacionados y las declaraciones de los testigos a que antes se hace referencia, acreditan plenamente que el demandado en este juicio, señor Luis Aurelio Noguera, empezó a ejercer la posesión que tiene sobre el inmueble materia de la litis en el curso del mes de agosto de 1955, primero con las gestiones sobre desenterramiento de restos humanos que allí habían sido sepultados para trasladarlos al cementerio católico de esta ciudad, a unos osarios construidos por él; luego con la realización de tal desenterramiento y traslado de dichos restos; después con la construcción de un cuarto-depósito de paredes de material con techo de zinc y piso de cemento, y en fin, con múltiples actos positivos propios de dueño, todo con anterioridad al 30 de septiembre de 1955, que, como antes se ha visto, es la fecha de registro de la escritura Nº 456, otorgada el primero del mismo mes y año ante la Notaría segunda de esta ciudad, aducida por el demandante Juan M. Dávila Barreneche como título de dominio a su favor sobre el mismo inmueble.

"Lo anterior está indicando clara e indiscutiblemente que el registro de dicho título es de fecha posterior a la del comienzo de la posesión ejercida por el demandado sobre el referido inmueble y que, por ende, por no alcanzar así a desvirtuar la presunción de dominio establecida en el artículo 762 del Código Civil a favor del poseedor, en este caso el demandado Luis Aurelio Noguera, dicho título carece de la suficiencia requerida para servir de base a la acción y asegurar su éxito".

Repite la sentencia que el propio demandado presentó también como título en su favor la Escritura Nº 442, de 30 de agosto de 1955, en que consta haber él comprado el solar en referencia, dice que este título es anterior al aportado por el demandante y añade: "Lo hasta aquí dicho lleva a la conclusión de que no aparece en los autos la demostración que ha debido suministrar el actor de ser dueño del inmueble cuya reivindicación persigue en este juicio, calidad que, como al principio se vió, constituye el primero y principal de los elementos requeridos como esenciales para la viabilidad de esta acción, la que por tal razón no podrá prosperar".

Por último el fallo apunta que en este negocio aparecen comprobados los elementos de la acción de dominio consistentes en la singularidad e identidad del inmueble y en la posesión del demandado.

EL RECURSO DE CASACION

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales señaladas por el artículo 520 del Código Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado dos cargos que la Corte procede a examinar, previa la advertencia de que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer cargo.- Se hace consistir en la violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 950 y 951 del Código Civil, a consecuencia de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como norma probatoria quebrantada se indica el artículo 697 del Código Judicial.

El recurso sustenta este motivo diciendo que entre los testimonios aportados por el demandante, figuran los rendidos por Miguel Vicioso y Roberto Fawcet, quienes declaran sobre la posesión que ejercieron el propio actor Dávila Barreneche y su tradente Antonio Mendoza y sobre la construcción por éste de una casa que fue luego demolida por Luis Aurelio Noguera. Afirma que estos dos declarantes concuerdan en lo fundamental y que la diferencia de matices alguna su sinceridad en la narración de los hechos que atestiguan. Agrega que las declaraciones de estos dos testigos, "concordes en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, son suficientes para declarar establecida la posesión del demandante y su antecesor, por tener en sí mismas la virtualidad de plena prueba, de conformidad con el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil".

Con todo, prosigue el recurso, la sentencia no examinó en conjunto estos dos testimonios, sino en forma aislada, y destruyó así su fuerza demostrativa. El fallo encuentra contradictoria la declaración de Vicioso porque alude a la posesión

simultánea de Mendoza y de Dávila, cuando lo cierto es que el deponente relata hechos y estados sucesivos. El mismo procedimiento dialectivo se empleó para eliminar la declaración de Fawcet.

"El equivocado y superficial criterio - afirma el recurso - con que el Tribunal adelantó y concluyó el examen de las declaraciones, le impidió la concordancia del conjunto, por lo cual les negó el valor que les atribuye el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil, que resulta violado de manera inmediata.

"Esta violación le impidió aplicar los artículos 950 y 951 del Código Civil, ya que no vió en el actor al dueño del inmueble y poseedor de mejor derecho, que acreditan las declaraciones descalificadas, por lo cual incurrió en la violación indirecta de los referidos textos legales, que han debido ser aplicados y que fueron pasados en silencio".

Segundo cargo.- Versa sobre el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 762 y 951, inciso segundo, del Código Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias violadas se señalan los artículos 981 del Código Civil, 632 y 637 del Código Judicial.

En desarrollo de esta segunda censura expresa la demanda de casación que por medio de la Escritura Nº 92, extendida en la Notaría Segunda de Santa Marta el cinco de marzo de 1956, el demandado Noguera protocolizó varios documentos, como atrás queda visto. El primero de tales documentos consiste en la solicitud elevada por Noguera al Alcalde de la ciudad nombrada para que le permitiera la exhumación de unos restos humanos que estaban sepultados en el lote del pleito. Ese memorial contiene una confesión del mismo demandado sobre que el solar en referencia se hallaba abandonado desde hacía mucho tiempo, y esto no obstante que la posesión es incompatible con el abandono.

Otro de los documentos protocolizados es un certificado parroquial sobre la propiedad de un osario, documento que la legislación nacional desconoce como medio de prueba de la posesión y que es aun ineficaz a la luz de la ley canónica.

Las declaraciones extraprocesales que también figuran incorporadas en el protocolo, tampoco constituyen plena prueba sobre el hecho de la posesión que Noguera dice haber ejercido sobre el solar en algunos días del mes de agosto de 1955.

El ejercicio del derecho de petición efectuado mediante otros documentos protocolizados, no constituye acto posesorio a que da derecho el dominio, conforme a lo dispuesto por el artículo 981 del Código Civil.

Tampoco es acto posesorio la solicitud sobre fijación de la línea del paramento y sobre licencia para construir.

En seguida dice el recurso:

"Ninguno de los documentos de la larga serie protocolizada por el demandado con la Escritura pública Nº 92, de cinco de marzo de 1956, acredita el ejercicio de actos posesorios, calificados como tales de modo declarativo por el artículo 981 del Código Civil, por lo cual toda la prueba documental protocolizada por el referido instrumento público puede ser calificada de inconducente, de conformidad con claras nociones probatorias y principios lógicos enunciados de manera positiva por el artículo 596 del Código de Procedimiento Civil.

"Pero el Tribunal encontró de manera imaginaria que los documentos reunidos en la protocolización a que me he referido, demuestran la posesión del demandado y su carácter de propietario o titular del derecho de dominio, en el sentido que la doctrina ha asignado a los artículos 762 e inciso segundo del artículo 951 del Código Civil.

"El Tribunal, al darle carácter de plena prueba a la referida serie documental, cometió un error de derecho violatorio de los artículos 632 y 637 del Código de Procedimiento Civil, así como del artículo 981 del Código Civil, ya que dichos textos se refieren a hipótesis de hecho perfectamente distintas, que no aparecen caracterizadas en la prueba aducida por el demandado y declarada suficiente por el Tribunal, en orden a establecer la propiedad o posesión de mejor derecho en favor del demandado".

La infracción de los principios probatorios consagrados por las normas citadas, condujo a la sentencia a reconocerle equivocadamente al demandado mejor derecho que al actor sobre el inmueble en litigio y como consecuencia de tal error de derecho se violaron, por aplicación indebida a favor del mismo demandado, los artículos 762 y 951, inciso segundo, del Código Civil.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I)- La acción reivindicatoria que en este negocio ejercita Juan M. Dávila Barreneche frente a Luis Aurelio Noguera, se funda en que dicho demandante es dueño de la porción de terreno en litigio, en razón de habérsela comprado a An-

tonio Mendoza por la Escritura Nº 456, de primero de septiembre de 1955, y de que el tradente Mendoza la adquirió a su vez por posesión tranquila y no interrumpida.

En atención a que el demandado Noguera allegó también como título de adquisición del mismo inmueble la Escritura Nº 442, de 29 de agosto de 1955, por la cual compró ese bien a Nelson Daza, la sentencia compara los dos títulos mencionados, observa que el aducido por el demandado es anterior al del demandante y concluye que, en tales circunstancias, el dicho título de Noguera merece ser preferido y que el del actor Dávila no lo acredita, frente al mismo demandado, como propietario del inmueble que es objeto de esta controversia.

Por otro aspecto y considerando que el propio demandante alega que su antecesor Antonio Mendoza hubo ese bien por posesión tranquila y no interrumpida, el fallo impugnado hizo un detenido análisis de la prueba testimonial que se aportó para demostrar esa posesión del tradente Mendoza. Tal prueba consiste, como ya se dijo, en las declaraciones de Alberto Campo, Nasario Rodríguez, Miguel Vicioso, Roberto Fawcet, Efraín Narváez, Ismael Montes y Carlos A. Rojas. Estudiados estos testimonios uno por uno y confrontados entre sí, la sentencia los halló contradictorios, deficientes y desprovistos de valor demostrativo, por lo cual prescindió de ellos, con aplicación de lo prescrito por el artículo 702 del Código Judicial, y concluyó en consecuencia que no estaba comprobada la supuesta posesión del nombrado señor Mendoza.

El declarante Miguel Vicioso expresa que "me consta, porque el señor Juan Dávila Barreneche me dijo, que ese terreno era de él desde hacía mucho tiempo" y que sabe asimismo "que el señor Mendoza estaba en posesión de ese terreno desde hacía mucho tiempo antes del 31 de agosto de 1955 y tenía una casita en dicho terreno, que creo que la tumbaron ahora". Añade que sabe que Mendoza tenía tal terreno porque éste se lo dijo y porque el mismo Mendoza afirmaba que ese terreno era suyo.

El testigo Roberto Fawcet dice constarle que Juan M. Dávila Barreneche está ocupando un lote de terreno que se halla ubicado en la carrera primera, barrio de Bellavista, al lado de la casa de Pedro Manuel Dávila y de un cementerio, pero que no puede precisar cuál es tal lote; que alguna vez, al pasar por allí, se encontró en ese sitio al señor Mendoza, que le preguntó a éste qué hacía y que le contestó que estaba en un solar de su propiedad; que en ese lote había una construcción y que se imagina que ésta era de Mendoza; que al transitar por allí mismo vio que tal construcción había sido derruida, que le preguntó a Mendoza quién había hecho eso y que éste le dijo que Luis Aurelio Noguera por un pleito que tenía con Dávila Barreneche.

El recurso sostiene que la sentencia incurrió en un error de derecho al desconocerles a los dos testimonios anteriores el mérito de plena prueba, porque ellos coinciden en lo fundamental y están contestes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de manera que hace plena prueba sobre el hecho de que Antonio Mendoza ejerció posesión sobre el solar del litigio.

El fallo no sólo tuvo en cuenta y apreció las declaraciones de los testigos Vicioso y Fawcet, sino que también las confrontó con las de los otros testigos y las encontró deficientes en sí mismas y aun en contradicción con los testimonios de esos otros declarantes. Y en realidad, la sola lectura de las dos aludidas declaraciones demuestra que ellas no acreditan la ejecución de ningún acto posesorio de Mendoza sobre el solar ni el tiempo durante el cual hubiera aquél ejercido posesión sobre el inmueble, de modo que con tan deficientes elementos de juicio no le era posible a la sentencia dar por establecido que el dicho Mendoza adquirió por prescripción el dominio del referido lote de terreno. No incurrió, pues, el fallo en ningún error de derecho al declarar que los testimonios expresados no demuestran la posesión de Mendoza ni por consiguiente cometió las infracciones de ley sustancial que el recurso señala en el cargo primero.

II).—Como prueba en su favor, el demandado Noguera presentó la Escritura número 92, extendida en la Notaría Segunda de Santa Marta el 5 de marzo de 1956, por la cual se protocolizaron unos documentos y unas declaraciones. La sentencia examinó estos elementos de juicio y concluyó que tanto los documentos y testimonios protocolizados como las declaraciones de Mario Camacho, Raúl Mier, Gregorio Pérez y Raúl Huguet concurren a comprobar de manera plena que el mentado Noguera empezó a ejercer actos posesorios sobre el fundo de la litis desde el mes de agosto de 1955, esto es, desde antes del otorgamiento del título aducido por el demandante Dávila.

El recurso le atribuye a la sentencia la comisión de un error de derecho consistente en re-

conocerles a los documentos y testimonios protocolizados el mérito de plena prueba de la posesión alegada por el demandado. A juicio del impugnante, tales pruebas son inconducentes y no acreditan ningún hecho posesorio, y el fallo, al admitirlas como prueba plena, quebrantó los artículos 632 y 637 del C. Judicial y 981 del C. Civil.

Esta segunda censura sugiere varias observaciones. Se advierte en primer término que los documentos y testimonios incorporados en el protocolo no fueron los únicos medios de prueba que la sentencia tuvo en cuenta para dar por demostrada la posesión del demandado. También consideró y admitió las ya citadas declaraciones que se recibieron en el juicio, pruebas éstas que no han sido atacadas ni desvirtuadas por el recurso y que en este caso son bastantes a sustentar la conclusión del sentenciador sobre que el demandado comprobó su posesión en forma plena.

La segunda observación consiste en que Noguera fue demandado aquí como poseedor del solar en litigio, en que el demandante Dávila lo señaló como tal poseedor y en que, en estas circunstancias, operaba en favor del mismo demandado la presunción que consagra el artículo 762 del C. Civil de ser dueño del inmueble aludido mientras el propio actor no demostrase que él era el verdadero propietario. De modo que Noguera pudo ser y en efecto fue considerado como poseedor no sólo en razón de las pruebas antes mencionadas, sino también de la confesión del demandante contenida en la demanda inicial de este juicio.

Una tercera observación es la de que, obrando en beneficio del demandado la presunción referida, correspondía al demandante desvirtuar esa presunción mediante la prueba de que él o su antecesor Mendoza habían poseído el solar antes de Noguera y por el tiempo suficiente para adquirir su dominio por usucapión. La sentencia no encontró que el actor Dávila hubiera presentado prueba suficiente para desvanecer aquella presunción, quedando por tanto como único hecho establecido el relativo a la posesión del demandado.

De modo que, aunque se admitiese que las pruebas protocolizadas no demuestran la posesión del demandado, sucede que la sentencia no se fundó en esos solos elementos de juicio para dar por comprobada esa posesión en grado de preferencia, sino que también tuvo en cuenta otros medios probatorios que no fueron atacados por el recurso y que son suficientes para mantener incólumes las razones centrales del mismo fallo. Lo cual significa que el segundo cargo carece también de fundamento.

RESOLUCION

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 trece de junio de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este juicio de reivindicación propuesto por Juan Manuel Dávila Barrenechea contra Luis Aurelio Noguera.

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, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

N A V E S

Son bienes muebles, pero hay casos en que para determinadas circunstancias y efectos se les atribuyen condiciones propias de los inmuebles. — Adquisición del dominio. — El registro de la escritura pública debidamente registrada frente a terceros. — Venta judicial de las naves.— Alcance de los artículos 86 y 87 del Decreto Legislativo 3183 de 1952. — Carácter objetivo de los seguros reales. — Enriquecimiento sin causa. — Error de hecho.

Ciertamente el artículo 7º del Código de Comercio Marítimo preceptúa que "las naves son muebles en lo general. Sin embargo... están sujetas a todas las modificaciones que introduce este código en los principios que reglan la condición legal de los bienes muebles". En armonía con el mismo principio se encuentra el artículo 2443 del C. Civ. que, al indicar las cosas susceptibles de hipotecación, discrimina entre los bienes raíces y las naves, diciendo: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves. Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves pertenece al Código de Comercio".

En este sentido enseñó la Corte en sentencia de casación de 23 de agosto de 1916 (XXIV, 1316 y 1317, pág. 430) lo siguiente: "Bien mueble es una nave mercante por naturaleza y por clasificación legal, según el derecho civil común; bien mueble es también en lo general, según el derecho marítimo; pero hay casos en que por ficción legal, en determinadas circunstancias y para señalados efectos, se le atribuyen condiciones propias de los inmuebles (artículo 7º, Código de Comercio Marítimo). Varios son esos casos, aunque no muy numerosos, verbigracia, como cuando las deudas privilegiadas que designa el artículo 30 de este Código se consideran como créditos reales que pesan a manera de gravamen, sobre la nave misma, la cual puede ser perseguida por los acreedores con acción real, ya se halle en poder del dueño o en poder de terceros, o cuando se aplican a la prescripción de las naves las reglas que rigen la de los inmuebles (artículo 9º y 11 ibidem), o cuando el Código Civil señala específicamente las naves mercantes como bienes sobre los cuales puede constituirse la hipoteca propiamente dicha (artículo 2443 del Código Civil)".

Enseña, consecuencialmente, el artículo 10 del Código de Comercio Marítimo que "el dominio de las naves se adquiere por los mismos modos que las cosas en general, y además por la construcción, el apresamiento regular y el comiso en los casos previstos por las leyes". Siendo ello así, y dada la naturaleza mueble reconocida a las naves por el artículo 7 ibidem, es claro que, en las relaciones de derecho entre las partes, en la enajenación de una nave a título singular, para que la transferencia del dominio del enajenante al adquirente quede surtida, no necesita el acto revestirse de la solemnidad de la escritura pública registrada, por no haber precepto que así lo exija. Y es así como bubo la Corte de consignar, en la misma sentencia de que se acaba de hacer mención, el siguiente concepto: "No hay disposición legal alguna que para el efecto de las relaciones de derecho entre causante y sucesor singular incluya las naves mercantes en la excepción antedicha y las considere como bienes inmuebles. Si tal excepción no existe y ellas pertenecen a la clase de cosas muebles del derecho común, su propiedad se transmite por los mismos medios que las de los demás bienes de su especie. Por eso el Código Marítimo se remite al Civil cuando dice en su artículo 10 que 'el dominio de las naves se adquiere por los mismos modos que las cosas en general'. Confirma esta conclusión la historia de la legislación marítima sobre el particular...".

No empece a estos postulados la norma del artículo 18 del Código de Comercio Marítimo, según el cual "El dominio de la nave adquirida por construcción o contrato, no podrá ser justificado contra terceros, sino con la escritura pública que deberá otorgarse en un registro especialmente destinado a este objeto". Porque la diafanidad de sus términos hace ver que la escritura pública registrada a que el texto se refiere

no se exige para que el sucesor contractual adquiera el dominio de la nave frente a su causante, sino que apenas se requiere ad probationem respecto de terceros, para demostrar contra éstos la adquisición de ese dominio. En este sentido afirmó la Corte, en el fallo de casación a que se ha hecho referencia, que "El artículo 18, si bien se relaciona con la mutación de dominio de las naves mercantes, no es para prescribir que la transmisión de causante a sucesor haya de verificarse necesariamente por contrato escriturado; lo que dispone es que para que las enajenaciones contractuales puedan justificarse contra terceros, se necesita que se celebren en la forma que este artículo expresa".

Ni se demeritan tales conclusiones en razón de los artículos 25 ord. 1º, 35 y 40 inc. 3º ibidem, porque lo que la primera de estas disposiciones establece es que "por la venta judicial de la nave, ejecutada en la forma que prescribe el artículo 35", se extinguen "los privilegios enumerados en el artículo 20, y el derecho que concede a los acreedores en general el artículo 7º"; por la segunda se dan ciertas reglas de trámite para la venta judicial de las naves y se determina que "el remate se hará en la forma y con las solemnidades que prescriban las leyes del Estado respectivo para las ventas judiciales"; y por la tercera se dispone, para el caso de comunidad en una nave, que el nombramiento de administrador que tengan que efectuar los copartícipes, en la hipótesis de la misma disposición, "se hará por escritura pública que será registrada como las demás escrituras, según las leyes del respectivo Estado".

Ciertamente de los tres textos a que se acaba de aludir, el último nada tiene que ver con la enajenación de las naves, así que no podría tomarse como precepto rector en tal materia, siendo bien sabido que los mandatos legales que exigen solemnidades y conllevan, por lo tanto, la sanción de nulidad a su contravención, no son aplicables por vía extensiva a casos distintos de los que los mismos contemplan.

Y el artículo 35, a que se refiere el 25 ordinal 1º, luego de estatuir formalidades previas a la venta judicial de las naves, pasa en su último inciso a remitirse a lo que prescriban sobre la forma y solemnidades del remate, las leyes del Estado. Ahora bien: el artículo 2052 del C. J., regulativo de la materia, y según el cual "la diligencia de remate y el acto de su aprobación, se equiparan a escritura pública", no exige el registro de esa actuación sino cuando "se trata de inmuebles u otra cosa cuya tradición requiere registro". Y ya se vio que las naves, según el artículo 7º del C. de C. Marítimo, "son muebles en la general", sin que exista disposición alguna de carácter especial que, en punto de tradición de su dominio, en la relación de enajenante a adquirente, imponga la formalidad de la inscripción en el registro.

Las exigencias del artículo 86 del Decreto legislativo número 3183 de 26 de diciembre de 1953 (hoy Ley 141 de 1961) sólo se establecieron ad probationem, como que el precepto dispone que "el derecho de dominio sobre una embarcación se adquiere por los medios indicados en el Código de Comercio Marítimo y se comprueba: a) . . .; b) . . .; c) Si el buque ha sido rematado, con la copia debidamente autenticada del acta de adjudicación; d) en caso de compraventa subsiguiente, con la escritura pública donde conste el traspaso del derecho de dominio debidamente registrado". Como se ve, ese texto es perfectamente claro, en cuanto, discriminando entre medios adquisitivos de la propiedad de las naves, que son los señalados en el Código de Comercio Marítimo, y su demostración, no hace sino estatuir las formas en que ello se comprueba. Y, luego, el artículo 87, que viene supeditado al pensamiento del anterior, del cual es apenas su desarrollo, se limita a decir que "los documentos de que tratan los apartes a), b) y c) del artículo 86 deben ser protocolizados en Notaría del puerto donde la nave se vaya a matricular y registradas las copias en la oficina de registro correspondiente". La materia de estos dos artículos está, pues, animada toda por el concepto de que "el derecho de dominio sobre una embarcación se adquiere por los medios indicados en el Código de Comercio Marítimo", y que lo demás de su ordenamiento se dirige a organizar el sistema de comprobación de las adquisiciones hechas por aquellos medios. Todo lo cual quiere decir que, aun en frente de los susodichos artículos 86 y 87 del referido Decreto número 3183, se mantienen en pie los razonamientos atrás consignados, según los cuales, en la transferencia contractual de una nave no se requiere la formalidad del registro de la escritura pública contentiva del negocio, para que el sucesor adquiera el dominio de la embarcación frente a su causante, y sin perjuicio de que contra terceros la adquisición tenga que demostrarse con el título registrado.

2.—Efecto de la adquisición de la cosa asegurada, es el de que el seguro corra en provecho del adquirente.

Adquirida por otro la cosa asegurada, el seguro entra a correr íntegralmente en pro del adquirente de la misma, por virtud de lo dispuesto en el artículo 654 del Código de Comercio Terrestre, el cual, inspirado en la consideración del carácter objetivo de los seguros reales, preceptúa: "Transmitida por título universal o singular la propiedad de la cosa asegurada, el seguro correrá en provecho del adquirente, sin necesidad de

cesión, desde el momento en que los riesgos le correspondan, a menos que conste evidentemente que el seguro fue consentido por el asegurador, en consideración a la persona asegurada".

3.—Una de las condiciones constitutivas del enriquecimiento sin causa es la de que a éste no haya tenido derecho el demandado, por lo cual el fenómeno no puede darse en aquellos casos en que el aprovechamiento o ventaja de una de las partes es legítimamente causado, vale decir autorizado por el derecho.

4.—Por sabido se tiene que el error de hecho manifiesto en la apreciación o en la falta de apreciación de determinada prueba, y al cual, en la disciplina de la causal primera de casación, se han referido el artículo 520 ord. 1º del C. J. y el artículo 52 ord. 5º del Decreto Ley 528 de 1964, es el que tipifica un desacierto objetivo, consistente, en definitiva, en una de dos extremos a saber: o bien que el juzgador ignore o no vea una prueba presente en el juicio, en consecuencia de lo cual desconoce el hecho que tal medio acredita; o bien que suponga como existente una prueba que no obra en el debate, dando como demostrado por ese medio imaginario un hecho que no ha sucedido. Extremo éste dentro del cual se alinea la hipótesis de que el sentenciador, al contemplar una prueba, entienda que dice lo que ella no reza, desde luego que leer un medio en forma distinta a lo que éste expresa, es suponer un elemento de convicción que no está en el proceso.

Así, pues, si el sentenciador contempla las pruebas tales como ellas se ofrecen, sin hacerles decir nada distinto de lo que las mismas manifiestan, entonces no podría censurársele en casación por error de hecho en la apreciación de las mismas, cuando a pesar de lo que vio que ellas revelan, hubiera llegado a adoptar una decisión en pugna con las exigencias jurídicas de la realidad demostrada. El error estaría en tal hipótesis, no en el ámbito probatorio, sino en las conclusiones que, no compadeciéndose con los hechos establecidos, fuesen contrarias al derecho sustancial. Lo que quiere decir que, en tal evento, el ataque tendría que hacerse en el recurso extraordinario, por infracción directa de la ley de esta especie, es a saber, independientemente de todo yerro en la estimación probatoria.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha 28 de agosto de 1962, en el juicio ordinario seguido por Luis Better Lafaurie frente al Banco Comercial de Barranquilla.

— I —

EL LITIGIO

La demanda incoativa del juicio refiere los siguientes *HECHOS:*

Que el Banco Comercial de Barranquilla efectuó con fecha 10 de noviembre de 1954 y 11 de junio de 1955, dos préstamos por las cantidades de $ 30.000.00 y $ 2.000.00, a Luis C. Better Lafaurie, los que quedaron garantizados con una hipoteca abierta de primer grado constituída por éste sobre la lancha "Elvira de Better" y el bote o planchón "G. A. V.", mediante la escritura número 2859 de 10 de noviembre de 1954, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla;

Que en la cláusula séptima de la escritura hipotecaria mencionada, se estipuló que el hipotecante se obligaba a mantener aseguradas las embarcaciones hipotecadas, por una suma no menor de $ 30.000.00, seguro cuya póliza quedaba automáticamente cedida al Banco acreedor;

que Luis C. Better Lafaurie, en cumplimiento de la estipulación que se acaba de mencionar, aseguró la lancha "Elvira de Better", en la compañía "Seguros Comerciales de Bolívar", por la suma de $ 52.000.00 según la póliza número 00324 de 10 de noviembre de 1954, póliza que estuvo vigente hasta el año de 1957 inclusive;

que el mencionado Banco siguió acción hipotecaria contra el mismo Better Lafaurie, ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla, para la venta o adjudicación de los bienes hipotecados, a efecto de que se le pagase la suma de $ 30.750.00, saldo del crédito en referencia y sus correspondientes intereses. En ese juicio se decretó el embargo y secuestro de la lancha y del planchón aludidos, secuestro que se efectuó el 26 de junio de 1956, habiéndose designado secuestre al señor Alfonso Diago, quien ejerció el cargo;

que el dicho juicio hipotecario, de que pasó a conocer el Juez 4º Civil del mismo Circuito por impedimento del anterior funcionario, cul

minó con el remate de los bienes hipotecados y su adjudicación al Banco Comercial de Barranquilla, así: la lancha "Elvira de Better" por $ 24.000.00 y el bote "G. A. V." por $ 7.200.00, o sea un total de $ 31.200.00;

que la liquidación del crédito, con sus intereses y costas, practicada en el dicho juicio hipotecario, ascendió a $ 38.878.24; y como los bienes perseguidos fueron adjudicados por $ 31.200.00, quedó pendiente un saldo a cargo de Better Lafaurie, de $ 7.678.24;

que tal remate y adjudicación de bienes ocurrió el día 8 de abril de 1957, y esta diligencia fue aprobada por auto de 13 de mayo, y una y otro registrados en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, el día 30 de julio de 1957;

que antes de que se efectuara tal registro, y sin que se hubiera hecho la entrega formal de los bienes al Banco Comercial de Barranquilla, la lancha "Elvira de Better" se perdió totalmente en el río Magdalena, en viaje de subida con destino a Gamarra;

que con posterioridad a la presentación de la referida demanda hipotecaria, Luis C. Better Lafaurie entregó al Banco Comercial de Barranquilla, para abonar a la obligación a su cargo, las sumas de $ 1.000.00, el día 30 de enero de 1956, y $ 1.500.00 por conducto del doctor Hernando Manotas, apoderado del Banco;

que el secuestre, señor Alfonso Diago, en su carácter de tal, entregó al mismo Banco, durante el ejercicio del cargo, la suma de $8.237.12, que recibió por concepto de arriendos de las embarcaciones secuestradas, cantidad que debió ser consignada a favor del Juzgado, para ser tenida en cuenta en la cancelación del crédito, pero no se hizo así;

que el Banco Comercial de Barranquilla, por razón del crédito a cargo de Luis C. Better Lafaurie, le fue adjudicado el planchón "G. A. V.", por la suma de $ 7.200.00;

que en virtud del siniestro de la lancha "Elvira de Better", ocurrido antes del registro del remate, cuando dicha embarcación estaba asegurada a favor de Better Lafaurie, el Banco Comercial de Barranquilla, beneficiario de dicha póliza, como garantía del crédito, recibió la suma de $ 52.000.00, valor del seguro, de la Compañía "Seguros Comerciales de Bolívar";

que Better, antes de la demanda, hizo abonos a buena cuenta del crédito por $ 30.000.00, y de los intereses, quedando pendiente un saldo de $28.750,00, más la letra por $ 2.000.00;

que el Banco Comercial de Barranquilla, por razón del crédito a cargo de Better Lafaurie, recibió en total la suma de $ 69.937.12;

que como la liquidación efectuada en el juicio hipotecario ascendió a un monto de $ 38.878.24 a cargo de Better, y como el Banco ejecutante recibió un total de $ 69.937.12, éste debe restituir a aquél la diferencia, o sea la suma de $ 31.058.88, que acusa un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad bancaria, y pago indebido; y

que el Banco ha procedido de mala fe.

Con base en estos hechos, el demandante hizo las siguientes *PETICIONES:*

Que se condene al Banco Comercial de Barranquilla a restituir a aquél la suma de $ 31.058.88, más los intereses legales, a partir de la fecha en que el Banco recibió de la Compañía "Seguros Comerciales de Bolívar" la suma de $ 52.000.00, valor del seguro de la lancha "Elvira de Better", y costas del juicio;

que se declare cancelado el saldo de $ 7.678.24 que quedó pendiente a cargo del demandante y a favor del Banco demandado, después de que le fueron adjudicados a éste los bienes hipotecados; y

que se ordene la devolución de los intereses de las sumas que debieron ser tenidas en cuenta en la liquidación, pero que no lo fueron.

En su contestación, la entidad demandada aceptó algunos hechos; dijo no constarle otros; estarse respecto de algunos a lo que aparezca en documentos; afirmó que "La lancha se perdió, siendo de propiedad del Banco Comercial de Barranquilla por haberla adquirido en la forma confesada en el hecho décimo de la demanda"; y ser "cierto que el Banco recibió el valor del siniestro por ser propietario de la lancha y, además, por la subrogación pactada, de un bien por otro". En conclusión tachó las súplicas de "improcedentes y desprovistas de causa", por lo cual se opuso a ellas.

El primer grado de la litis, en el que por una y otra parte se adujeron pruebas, terminó con fallo del Juez 3º Civil del Circuito de Barranquilla, por el cual se condenó al demandado a restituir al actor la cantidad de $ 25.023.69, —según la corrección hecha por el mismo juez, de un error numérico en que dijo haber incu-

rrido—, más los intereses legales a partir de la contestación de la demanda y las costas del juicio; se declaró cancelado el saldo de $ 7.678.24 que había quedado pendiente a cargo de Better Lafaurie y a favor del Banco, en el juicio hipotecario que éste adelantó contra el primero; y se ordenó la devolución de los intereses de las sumas que debieron ser tenidas en cuenta, y no lo fueron, en la liquidación efectuada en el juicio que se acaba de mencionar.

Por apelación del demandado, surtióse la segunda instancia, en que recayó la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 28 de agosto de 1962, por la cual se decidió el litigio en los siguientes términos:

"Refórmase la sentencia apelada, cuya parte resolutiva quedará así:

"Primero.—Condénase al Banco Comercial de Barranquilla a pagar al señor Luis C. Better Lafaurie, una vez ejecutoriado este fallo, la cantidad de cinco mil ciento noventa y cinco pesos con noventa y tres centavos ($ 5.195.93) moneda corriente, más los intereses legales de la misma a partir de la contestación de la demanda.

"Segundo.—Absuélvese al expresado Banco de los demás cargos de la demanda.

"Sin costas en las instancias".

Contra este último pronunciamiento interpusieron ambas partes el recurso de casación, a cuyo despacho se procede.

— III —

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Considera el Tribunal que las naves, según el artículo 7º del Código de Comercio Marítimo son bienes inmuebles, "cuyo dominio se adquiere y se transmite como el de las cosas de su clase, sin que sea necesaria la formalidad del otorgamiento de escritura pública", tesis en cuyo respaldo trae a cuento la doctrina de la Corte en casación de 23 de agosto de 1916 (XXV, 1310/11, pág. 430); que ni en el artículo 2652 del Código Civil, ni en parte alguna, ha dicho la ley que el registro de las licitaciones y adjudicaciones de bienes muebles sea requisito esencial para la validez de tales actos, en armonía con lo cual el artículo 1052 del Código de Procedimiento Civil sólo establece la obligatoriedad de la inscripción para las licitaciones que versen sobre "inmuebles u otra cosa cuya tradición requiera registro"; y que en virtud de lo dicho "la diligencia del remate de una nave, con su auto aprobatorio, es un acto traslaticio de dominio que constituye por sí solo, sin necesidad del registro, título legal suficiente".

Pasando luego al punto de la enajenación de la cosa asegurada, observa que, según el artículo 654 del Código de Comercio, "transmitida por título universal o singular la propiedad de la cosa asegurada, el seguro correrá en provecho del adquirente, sin necesidad de cesión, desde el momento en que los riesgos le correspondan, a menos que conste evidentemente que el seguro fue consentido por el asegurador, en consideración a la persona asegurada"; y que, según el artículo 1876 del C. Civ. "la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa...". De donde concluye que "el seguro de la cosa vendida corre en provecho del adquirente desde el momento que se perfecciona el contrato, o sea, tratándose de bienes muebles, desde que las partes convienen en la cosa y el precio, y en las ventas forzadas de esta clase de bienes desde que se ejecutoria el auto aprobatorio del remate".

Estima que en el caso carece de sentido el invocar el artículo 641 del Código de Comercio para justificar la pretensión del demandante a reclamar el exceso de lo pagado por la compañía aseguradora, "pues en el supuesto de que haya habido tal exceso éste no se determinaría respecto de lo que debía el señor Better ni del valor de la adjudicación de la lancha en el remate, sino respecto del valor que tenía la cosa asegurada al ocurrir el siniestro, extremo que procesalmente se ignora en este juicio por falta de un avalúo pericial, aparte de ser materia extraña a este debate. No se sabe, pues, si hubo diferencia entre el monto del seguro y el valor de la nave asegurada, esto es, si hubo exceso en lo pagado por el asegurador. Pero aun aceptando por simple hipótesis que lo hubo, quien podría reclamarlo sería la compañía aseguradora, en cuyo favor operaría el precepto que se ha citado, no el señor Better, quien carece de interés jurídico para reclamar para sí dicho exceso".

En consecuencia de todo lo expuesto y censurando el planteamiento hecho al respecto por el *juez a quo*, conceptúa el Tribunal que "con la aprobación del remate se creó una situación jurídica que no puede modificar ninguna de las partes ni dejar de surtir todos sus efectos lega

les por el acaecimiento de un hecho posterior como la pérdida de la cosa rematada, la cual perece para su dueño, esto es, el adjudicatario en la venta forzada". Entonces, habiendo perecido la nave después del remate y de su aprobación, aunque antes de que se hiciera su registro, el Banco tenía derecho a cobrar y hacer suyo el valor del seguro y, por lo tanto, la percepción que de éste hizo tuvo causa jurídica, sin que en el particular pudiera hablarse de enriquecimiento sin causa.

Todas estas consideraciones informaron el criterio del sentenciador para no acoger la pretensión del demandante en lo relacionado con el valor del seguro percibido por la entidad demandada.

Luego dijo: "No ocurre lo mismo en lo que respecta a otros ingresos que obtuvo el Banco como acreedor del demandante y que por no haber sido incluídos en la liquidación del crédito constituyen una fuente de enriquecimiento sin causa. En efecto, en la inspección ocular de la contabilidad del Banco Comercial de Barranquilla se examinaron los asientos referentes a la cuenta correspondiente al señor Better y se estableció que el secuestre Diago entregó a esa firma la cantidad de $ 3.300.00 por arrendamiento de las naves secuestradas, causados antes de efectuarse el remate. De esta suma dedujo el Banco $ 1.096.00 para el pago de cuotas del seguro, una de las cuales, por valor de $ 494.00, cubre un período trimestral posterior al remate. Se estableció, asimismo, que después de iniciado el juicio hipotecario el señor Better hizo abonos por $ 2.497.93, los cuales no fueron incluídos en la liquidación del crédito dentro del juicio de venta, como tampoco el valor de los arrendamientos que entregó el secuestre Diago, atrás expresados. Según esto, dejaron de considerarse en esa liquidación, con perjuicio del deudor, las siguientes partidas: $: 2.204.00, saldo líquido por arrendamiento; $ 494.00 por indebida imputación al pago de un trimestre del seguro cuando, por la aprobación del remate, el señor Better estaba excluído de esa relación jurídica nacida del contrato; y $ 2.497.93 por abonos hechos después de la iniciación del juicio hipotecario. Suman estas cantidades $ 5.195.93".

Y por cuanto se trata de "ingresos que entraron al patrimonio del Banco por haberlos recibido directamente, sin intervención del juez —extrajuicio, por así decirlo— en su calidad de acreedor, cuando todavía no era dueño de las naves" y que no fueron incluídos en la liquidación del crédito en el juicio hipotecario, por no haber constado ellos en ese juicio, su actual reconocimiento no implica revisión de dicha liquidación, lo que sería materia extraña al presente debate.

— III —

EL RECURSO DE CASACION DEL ACTOR EN EL JUICIO

En su libelo al respecto, oportunamente contestado por el opositor, acusa la sentencia del Tribunal en relación con la causal primera, bajo la siguiente forma:

"Incurrió el Tribunal en violación, por infracción directa, de los artículos 86 y 87 del Decreto-Legislativo número 3183 del 20 de diciembre de 1952, en armonía con los artículos 18, 25 —ordinal 1º— y 35 del Código de Comercio Marítimo; de los artículos 1502, 1524, 2443, 2318, 2319 —inciso 2º—, 2446, 2637 —inciso 1º—, 2652 —numeral 12—, 2673, 2674, 2676 y 2677 del Código Civil, en armonía con los artículos 673, 740, 741, 745, 754, 756 y 759 de la misma obra, y del artículo 1052 —infracción de medio— del Código Judicial; y violaciones éstas a las cuales fue conducido el Tribunal por haber incurrido en interpretación errónea del artículo 7º del C. de Co. Marítimo y por aplicación indebida del artículo 1876 del Código Civil y del artículo 642 del Código de Comercio, al invocarlos respecto de una situación jurídica que no está regulada por dichas normas".

Desarrollando el cargo, el recurrente plantea una serie de argumentos de que cabe hacer el siguiente resumen:

Que si es cierto que según el artículo 7º del Código de Comercio Marítimo "las naves son muebles en lo general", el sentenciador interpretó erróneamente esta norma como fruto de una lectura incompleta de la misma, cuyo 2º inciso previene que las naves están sujetas a todas las modificaciones que introduce el propio código en los principios que reglan la condición legal de los bienes muebles, modificaciones que colocan a aquéllas en la categoría de los inmuebles por destinación, en forma similar a lo que ocurre con las cosas de que trata el artículo 658 del C. Civ.

Así el artículo 18 del Código de Comercio Marítimo preceptúa que "el dominio de la nave adquirida por construcción o contrato, no podrá ser justificado contra terceros, sino con la escri-

tura pública que deberá otorgarse en un registro especialmente destinado a este objeto". Y a su vez el ordinal 1º del artículo 25 ibidem, en armonía con el 35, establece diversos requisitos realmente excepcionales para la venta de naves en pública subasta. Por su parte, el inciso 3º del artículo 40 dispone que el nombramiento de administrador de la nave que hagan sus copropietarios "se hará por escritura pública que será registrada como las demás escrituras", de donde se infiere que con mayor razón deben considerarse sujetos a las mismas solemnidades para los derechos de los propietarios, según lo prescrito en el artículo 18.

Pero si alguna duda subsistiera, los artículos 86 y 87 del Decreto Legislativo 3183 de 20 de diciembre de 1952, vinieron a disiparla. Las normas de ese decreto, cuyo artículo final declara suspendidas las disposiciones que le sean contrarias, se refieren a todas las naves marítimas y fluviales, entendiendo que son embarcaciones mayores las que tienen un desplazamiento superior a veinticinco toneladas, clasificación correspondiente a la lancha "Elvira de Better", que era de cincuenta y ocho toneladas.

Pues bien, según el artículo 86 del decreto legislativo citado, "el derecho de dominio sobre una embarcación se adquiere por los medios indicados en el Código de Comercio Marítimo y se comprueba: . . . c) Si el buque ha sido rematado, con la copia debidamente autenticada del acta de adjudicación"; y según el artículo 87 ibidem, "Los documentos de que tratan los apartes a), b) y c) del artículo 86 deben ser protocolizados en notaría del puerto donde la nave se vaya a matricular y registradas las copias en la Oficina de Registro correspondiente".

Quiere decir que el sentenciador incurrió en infracción directa de la norma sustantiva, por "ignorancia total sobre la existencia de la disposición, que el Tribunal ni siquiera menciona". Y cuando éste sostiene que el remate de la lancha y el auto aprobatorio no requerían la formalidad del registro para su validez como título traslaticio del dominio, no solamente está infringiendo las susodichas disposiciones del decreto legislativo en mención, sino también otras de nuestro ordenamiento legal.

En efecto: la diligencia de remate de bienes se asimila a la compraventa en que el juez representa al vendedor. Pero, "es únicamente un título que por sí solo no transmite el dominio, por mandato expreso del artículo 673 del Código Civil". Si el solo remate y su auto aprobatorio constituyen el título, pero no el modo, se requiere la tradición de la cosa vendida, que según el artículo 740 ibidem consiste en la entrega que el dueño —en este caso el juez— hace de ella a otro, "Porque la venta es sólo el título —artículo 745 ibidem—; que en tratándose de muebles, salvo disposición legal expresa que exija el registro, debe completarse con la 'aprehensión material de la cosa' —tradición *ficta*—, según el ordinal 1º del artículo 754".

"Pero la tradición de los bienes raíces, y de las otras cosas sometidas a tal solemnidad, se cumple mediante la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos —artículo 756 del C. C.—", de donde el artículo 759 dispone que los títulos traslaticios de dominio que deben registrarse, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos que se dispone en el título del Registro de Instrumentos Públicos. Y si el artículo 1052 del Código Judicial prescribe que "la diligencia de remate, y el auto de su aprobación, se equiparan a escritura pública, y, por tanto, si se trata de inmuebles u otra cosa cuya tradición requiere registro debe inscribirse en la respectiva oficina. . . ", y el artículo 2637 del C. Civ. determina que es función del *registro* la de *servir de medio* de tradición del dominio, "no cabe duda de que no habiéndose producido el registro con anterioridad al 24 de julio de 1957, fecha de la pérdida de la lancha, pero ni siquiera cumplídose tampoco la entrega material de la misma al Banco comprador, extremos éstos respecto de los cuales no existen discrepancias de hecho, por virtud de la claridad y plenitud de las pruebas, en jamás de los jamases había el Banco adquirido la propiedad de la lancha 'Elvira de Better' cuando su siniestro se produjo, por no haber cumplido *el modo*, que es esencial para la transmisión del dominio en nuestro régimen jurídico positivo".

Precisa recalcar que lo preceptuado en los artículos 86 y 87 del decreto legislativo 3183 de 1952 encaja perfectamente dentro del sistema nuestro sobre propiedad inscrita; que el numeral 12 del artículo 2652 del C. C. preceptúa que están sujetos al registro los demás títulos, actos y documentos, respecto de los cuales ordene la ley tal formalidad; que según el 2673, ninguno de los títulos sujetos al registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, si no ha sido inscrito como lo manda el código; y que según el 2674, ningún título sujeto a registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de su inscrip-

ción. "Disposiciones todas éstas de nuestro derecho civil sustantivo cuyos ordenamientos fueron ignorados por el sentenciador".

Es más: si sólo los bienes raíces y las naves son susceptibles de hipoteca, conforme al artículo 2443 del Código Civil, en cuya virtud fue hipotecada la lancha "Elvira de Better", y si conforme a los artículos 2676, 2677 y 2678 la cancelación de un registro tiene que hacerse por medio de la inscripción del título nuevo y extendiendo al margen de la partida una diligencia de cancelación, "siendo la hipoteca un derecho real cuya constitución y extinción requieren el registro —artículos 2456 y 2457—, necesario es concluir, en estricto derecho, que cuando la lancha pereció, el 24 de julio de 1937, todavía la hipoteca estaba vigente, puesto que su registro no se había cancelado; de donde se infiere también que, por tratarse de un derecho real que accedía a un contrato principal, el de mutuo por $ 30.000.00, en el presente caso el Tribunal no podía considerar cumplidos los efectos del auto aprobatorio del remate, sino a partir de la fecha de la inscripción y registro del título, por haber sido éste de aquellos que exigen el registro... No hubo, pues, tradición de la lancha, porque cuando se registró el remate, ya había perecido; y la hipoteca continuaba vigente".

Alega, luego, el acusador que el Tribunal incurrió en aplicación indebida del artículo 1876 del Código Civil, al hacerlo obrar sobre una situación no reguladu por tal precepto. Porque éste no se aplica a las cosas cuya tradición debe cumplirse por medio del registro; porque exige que se haya perfeccionado el contrato, el cual, en tratándose de naves, no se perfecciona sino por virtud del registro; porque no constituye una excepción al principio: *res perit domino*, y en este caso el dueño era Better; porque las consecuencias que saca el Tribunal de su afirmación, de que la lancha pereció para el Banco, son absurdas y contrarias al derecho, cuando todavía considera a Better obligado para con aquella institución, siendo así que lo indicado habría sido concluir como lo manda el artículo 1729, que consagra la máxima romana: *Interitu rei certae debitor liberatur*. Si la lancha era del Banco y se perdió, ya Better había cancelado su obligación mediante el remate de aquélla, hipótesis en que el Banco no habría tenido derecho a un solo centavo del valor del seguro, "porque las obligaciones accesorias se extinguen con la obligación principal, y si pues Better había tomado el seguro como una garantía, sin la obligación a que ésta accedió —el pago de la obligación principal— se había extinguido, el seguro en favor del Banco necesariamente habría tenido que extinguirse también, y entonces Better, únicamente Better, era quien podía percibir la totalidad de la estipulación, como asegurado, por haberse extinguido la condición de que el Banco figurara como beneficiario". Allí sí que el enriquecimiento sin causa del Banco habría sido total. El Tribunal al aplicar tan indebidamente la norma, desembocó en la infracción directa de las disposiciones cuya violación se acusa.

En lo tocante con el seguro, dice el impugnador que en la cláusula séptima de la escritura hipotecaria se le impuso a Better la obligación de mantener asegurada la lancha por una suma no inferior a $ 30.000.00 —valor del préstamo que le hizo el Banco— y, además, se indicó el motivo de tal garantía adicional: "pues el valor del seguro reemplaza el de los bienes hipotecados". El sentido de esta garantía adicional no podía ser otro que el de "precaverse el Banco por la pérdida total o parcial de la lancha en manos de Better", garantía que "no podía extenderse para el Banco hasta más allá de donde se extendiera la obligación principal", cuyo valor era el de $ 30.000.00. Y si Better aseguró la lancha por $ 52.000.00, bien pudo hacerlo porque "los prudentes avaluadores del asegurador estimaron que la lancha tenía un valor comercial de $ 65.000.00... Ahora bien, Better no había perdido el interés legítimo de que trata el artículo 642 del Código de Comercio, porque en el momento del siniestro todavía era dueño de la lancha... Unicamente Better era el beneficiario del seguro, porque la estipulación según la cual el Banco sería beneficiario, necesariamente habría cambiado de sujeto. El Tribunal hace indebida aplicación de la citada norma porque parte de una base equivocada, la de que el Banco era el dueño de la nave".

Refiriéndose luego a la doctrina del enriquecimiento sin causa, cuya estructura relacionan con los artículos 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, invoca los artículos 1502, 1524 y 2318 del Código Civil, para afirmar que el Tribunal transgredió tales textos "que imponen la obligación del Banco de repetir, por haberse enriquecido sin causa, en exceso de lo que había dado en préstamo al señor Better". Porque "el seguro era apenas la sustitución de la hipoteca, para el caso de que la obligación o garantía hipotecaria se extinguiera por la pérdida de la cosa", cuyo gravamen "siendo un derecho accesorio, no puede ir más

allá, para el acreedor, de su derecho principal". Ante la contradicción existente entre los artículos 2446 del Código Civil y 679 del Código de Comercio, la Corte ha dado la preferencia a la norma del Código Civil, pero de ello "no se sigue que el acreedor tenga el derecho de apropiarse la totalidad del seguro, sino que únicamente podrá percibirlo hasta concurrencia de la obligación principal del deudor".

Por último, censurando los conceptos del sentenciador de que si alguien pudo resultar empobrecido, en el caso de exceso en el valor del seguro —extremo que se ignora—, fue la entidad aseguradora, y de que en el supuesto de que el remate lo hubiera hecho un tercero no cabría alegar contra éste un enriquecimiento injusto, concluye el acusador afirmando que "el seguro accedía al mutuo y a la hipoteca, pero no a la nave rematada".

LA CORTE CONSIDERA:

1. - La sentencia invoca en derecho los siguientes fundamentos:

Que las naves son bienes muebles;

que su dominio se adquiere por los mismos modos que las cosas en general, sin que a tal efecto se necesite del otorgamiento de escritura pública;

que, por lo tanto, tratándose del remate de naves, para que la transferencia de su dominio se produzca, no se requiere la inscripción de la diligencia en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos;

que en la venta pura y simple de una cosa asegurada, el seguro de ésta corre en provecho del adquirente desde el momento en que se perfecciona el contrato; y

que es ajeno a la materia de la litis el artículo 641 del Código de Comercio Terrestre.

2. - Ciertamente el artículo 7º del Código de Comercio Marítimo preceptúa que "las naves son muebles en lo general. Sin embargo..., están sujetas a todas las modificaciones que introduce este código en los principios que reglan la condición legal de los bienes muebles". En armonía con el mismo principio se encuentra el artículo 2443 del C. Civ. que, al indicar las cosas susceptibles de hipotecación, discrimina entre los bienes raíces y las naves, diciendo: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves. Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves pertenecen al Código de Comercio".

En este sentido enseñó la Corte en sentencia de casación de 23 de agosto de 1916 (XXV, 1310 y 1311, pág. 430) lo siguiente: "Bien mueble es una nave mercante por naturaleza y por clasificación legal, según el derecho civil común; bien mueble es también en lo general, según el derecho marítimo; pero hay casos en que por ficción legal, en determinadas circunstancias y para señalados efectos, se le atribuyen condiciones propias de los inmuebles (artículo 7º, Código de Comercio Marítimo). Varios son esos casos, aunque no muy numerosos, verbigracia, como cuando las deudas privilegiadas que designa el artículo 20 de este Código se consideran como créditos reales que pesan a manera de gravamen, sobre la nave misma, la cual puede ser perseguida por los acreedores con acción real, ya se halle en poder del dueño o en poder de terceros, o cuando se aplican a la prescripción de las naves las reglas que rigen la de los inmuebles (artículo 7º y 11 ibidem), o cuando el Código Civil señala específicamente las naves mercantes como bienes sobre los cuales puede constituirse la hipoteca propiamente dicha (artículo 2443 del Código Civil)".

3. - Enseña, consecuencialmente, el artículo 10 del Código de Comercio Marítimo que "el dominio de las naves se adquiere por los mismos modos que las cosas en general, y además por la construcción, el apresamiento regular y el comiso en los casos previstos por las leyes". Siendo ello así, y dada la naturaleza mueble reconocida a las naves por el artículo 7 ibidem, es claro que, en las relaciones de derecho entre las partes, en la enajenación de una nave a título singular, para que la transferencia del dominio del enajenante al adquirente quede surtida, no necesita el acto revestirse de la solemnidad de la escritura pública registrada, por no haber precepto que así lo exija. Y es así como hubo la Corte de consignar en la misma sentencia de que se acaba de hacer mención, el siguiente concepto: "No hay disposición legal alguna que para el efecto de las relaciones de derecho entre causante y sucesor singular incluya las naves mercantes en la excepción antedicha y las considere como bienes inmuebles. Si tal excepción no existe y ellas pertenecen a la clase de cosas muebles del derecho común, su propiedad se trasmite por los mismos medios que las de los demás bienes de su especie. Por eso el Código Marítimo se remite al Civil cuando dice en su artículo 10 que 'el dominio de las naves se adquiere por los mismos modos que las cosas en general'. - Confirma esta conclusión la historia de la legislación marítima sobre el particular...".

4. - No empece a estos postulados la norma del artículo 18 del Código de Comercio Marítimo,

según el cual "El dominio de la nave adquirida por construcción o contrato, no podrá ser justificado contra terceros, sino con la escritura pública que deberá otorgarse en un registro especialmente destinado a este objeto". Porque la diafanidad de sus términos hace ver que la escritura pública registrada a que el texto se refiere no se exige para que el sucesor contractual adquiera el dominio de la nave frente a su causante, sino que apenas se requiere *ad probationem* respecto de terceros, para demostrar contra éstos la adquisición de ese dominio. En este sentido afirmó la Corte, en el fallo de casación a que se ha hecho referencia, que "El artículo 18, si bien se relaciona con la mutación de dominio de las naves mercantes, no es para prescribir que la transmisión de causante a sucesor haya de verificarse necesariamente por contrato escriturario; lo que dispone es que para que las enajenaciones contractuales puedan justificarse contra terceros, se necesita que se celebren en la forma que este artículo expresa".

5. - Ni se demeritan tales conclusiones en razón de los artículos 25 ord. 1º, 35 y 40 inc. 3 ibidem, porque lo que la primera de estas disposiciones establece es que "por la venta judicial de la nave, ejecutada en la forma que prescribe el artículo 35", se extinguen "los privilegios enumerados en el artículo 20, y el derecho que concede a los acreedores en general el artículo 21"; por la segunda se dan ciertas reglas de trámite para la venta judicial de las naves y se determina que "el remate se hará en la forma y con las solemnidades que prescriban las leyes del Estado respectivo para las ventas judiciales"; y por la tercera se dispone, para el caso de comunidad en una nave, que el nombramiento de administrador que tengan que efectuar los copartícipes, en la hipótesis de la misma disposición, "se hará por escritura pública que será registrada como las demás escrituras, según las leyes del respectivo Estado".

Ciertamente, de los tres textos a que se acaba de aludir, el último nada tiene que ver con la enajenación de las naves, así que no podría tomarse como precepto rector en tal materia, siendo bien sabido que los mandatos legales que exigen solemnidades y conllevan, por lo tanto, la sanción de nulidad a su contravención, no son aplicables por vía extensiva a casos distintos de los que los mismos contemplan.

Y el artículo 35, a que se refiere el 25, ord. 1º, luego de estatuir formalidades previas a la venta judicial de las naves, pasa en su último inciso a remitirse a lo que prescriban sobre la forma y solemnidades del remate, las leyes del Estado. Ahora bien: el artículo 1052 del Código Judicial, regulativo de la materia, y según el cual "la diligencia de remate y el auto de su aprobación, se equiparan a escritura pública", no exige el registro de esa actuación sino cuando "se trata de inmuebles u otra cosa cuya tradición requiere registro". Y ya se vió que las naves según el artículo 7º del C. C. Marítimo, "son inmuebles en lo general", sin que exista disposición alguna de carácter especial que, en punto de tradición de su dominio, en la relación de enajenante a adquirente, imponga la formalidad de la inscripción en el registro.

6. - Entrando ahora a examinar la acusación en lo tocante con los artículos 86 y 87 del decreto legislativo número 3183 de 20 de diciembre de 1952, que regía como tal cuando se efectuó el remate de la lancha "Elvira de Better" y cuya preceptiva se estabilizó con categoría de ley ordinaria a mérito de lo dispuesto sucesivamente en las leyes 2ª de 1958, 105 de 1959, 79 de 1960 y 141 de 1961, se encuentra que la censura descansa aquí en la interpretación que el recurrente pretende dar a los referidos artículos del mencionado decreto, hoy ley 141 de 1961, en el sentido de que por ellos se implantó la formalidad del registro como requisito para la eficacia de los títulos traslaticios del dominio de las naves.

Pero, el argumento no procede, porque las exigencias del artículo 86 del decreto sólo se establecieron *ad probationem*, como que el precepto dispone que "el derecho de dominio sobre una embarcación se adquiere por los medios indicados en el Código de Comercio Marítimo y se comprueba: a)...; b)...; c). Si el buque ha sido rematado, con la copia debidamente autenticada del acta de adjudicación; d) en caso de compra-venta subsiguiente, con la escritura pública donde conste el traspaso del derecho de dominio debidamente registrado". Como se ve ese texto es perfectamente claro, en cuanto, discriminando entre medios adquisitivos de la propiedad de las naves, que son los señalados en el Código de Comercio Marítimo, y su demostración, no hace sino estatuir las formas en que ello se comprueba. Y, luego, el artículo 87, que viene supeditado al pensamiento del anterior, del cual es apenas su desarrollo, se limita a decir que "los documentos de que tratan los apartes a), b) y c) del artículo 86 deben ser protocolizados en Notaría del puerto donde la nave se vaya a matricular y registrados las copias en la oficina de registro correspondiente". La materia

de estos dos artículos está, pues, animada toda por el concepto de que "el derecho de dominio sobre una embarcación se adquiere por los medios indicados en el Código de Comercio Marítimo", y que lo demás de su ordenamiento se dirige a organizar el sistema de comprobación de las adquisiciones hechas por aquellos medios. Todo lo cual quiere decir que, aun en frente a los susodichos artículos 86 y 87 del referido decreto número 3183, hoy ley 141 de 1961, se mantienen en pie los razonamientos atrás consignados, según los cuales, en la transferencia contractual de una nave no se requiere la formalidad del registro de la escritura pública contentiva del negocio, para que el sucesor adquiera el dominio de la embarcación frente a su causante, y sin perjuicio de que contra terceros la adquisición tenga que demostrarse con el título registrado.

7. - No tiene pertinencia alguna el argumento que el recurso teje en torno del artículo 2673 del C. Civ., porque, fuera de lo ya dicho, precisa considerar que, como lo dijo la Corte en sentencia de casación de fecha 20 de mayo de 1963, en el juicio de María Sofía Ospina y otras contra María Ester Forero v. de Correa y otros, aun no publicada en la Gaceta Judicial. "Si bien el artículo 2673 ibidem 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 de la fecha de la inscripción o registro, lo que ciertamente está indicado 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, reiteró la Corte en ese fallo la doctrina sentada en sentencias de casación de 15 de febrero de 1940, XLIX, 1953/54, págs. 102 y 103, y de 18 de octubre de 1954, LXXVIII, 2147, pág. 873, de la última de las cuales reprodujo el siguiente pasaje: "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".

8. - Si como lo ha dicho también la Corte, contemplando el artículo 741 ibidem, "el remate es tradición del ejecutado al rematador hecha por el juez como representante legal de aquél" (cas. 13 febrero 1947, LXI, 2042/43/44, pág. 745), es entonces acertada la tesis del Tribunal, de que, en el caso del pleito el Banco Comercial de Barranquilla adquirió el dominio de la lancha "Elvira de Better", dentro del juicio de venta de bienes hipotecados seguido por el propio Banco contra Luis E. Better Lafaurie, en virtud del remate que el Banco hizo de esa embarcación el 8 de abril de 1957, aprobado por auto de 13 de mayo del mismo año, es decir desde la fecha del remate aprobado, independientemente de la formalidad de su registro, el que vino a hacerse el 30 de julio de 1957, como se ve al folio 9 del cuaderno 1º. Corrobora esta conclusión, la circunstancia de que, en el juicio de venta referido, se efectuó el secuestro de la nave embargada, según diligencia de 26 de junio de 1956, visible en copia al folio 4 del cuaderno últimamente citado. Ahora bien: a virtud de lo dispuesto por los artículos 2273 y 2281 ibidem, restorce en la materia, el secuestre entra a tener la cosa materia del juicio para entregarla a quien resulte como destinatario de la misma en razón del proveído que al efecto recaiga. Bien reza el precepto últimamente citado que "Pronunciada y ejecutoriada dicha sentencia" (la de adjudicación), debe el secuestre restituir el depósito al adjudicatario". Así las cosas, si en el *sub lite*, mediante la providencia aprobatoria del remate, en la que se dispuso *hacer* "entrega a la entidad rematante de los bienes rematados", el secuestre estuvo obligado a entregar la nave "Elvira de Better" a su rematante y adjudicatario, el Banco del Comercio de Barranquilla, quiere ello decir que tal secuestre quedó desde entonces teniendo la lancha "Elvira de Better" en nombre y por cuenta del referido Banco, y éste jurídicamente constituído en poseedor de la misma, por conducto de su tenedor: el secuestre (artículos 762 y 765 C. Civ.).

9. - Todas las consideraciones hasta aquí hechas abonan el acierto con que el Tribunal juzgó que el Banco era dueño de la lancha "Elvira de Better", cuando ésta naufragó el día 24 de julio de 1957. Vale decir que no fueron infringidos por el sentenciador los preceptos de derecho sustancial relativos a tal extremo del fallo, con que toca la acusación.

10. - Y fue precisamente con base en este extremo como el Tribunal concluyó que el seguro de la lancha "Elvira de Better", que había sido establecido por Luis C. Better Lafaurie a favor del Banco Comercial de Barranquilla como beneficiario, en virtud de la obligación por aquél contraída al respecto en la cláusula 7ª de la convención hipotecaria constante en la escritura número 2859 de 10 de noviembre de 1954 (c.2, fs. 6 a 9), entró a correr íntegralmente en pro del nombrado Banco por virtud de lo dispuesto en el artículo 654 del Código de Comercio Terrestre, el cual, inspirado en la consideración del carácter objetivo de los seguros reales, preceptúa: "Transmitida por título universal o singular la propiedad de la cosa asegurada, el seguro correrá en provecho del adquirente, sin necesidad de cesión, desde el momento en que los riesgos le correspondan, a menos que conste evidentemente que el seguro fue consentido por el asegurador, en consideración a la persona asegurada".

Vése, pues, que el sobredicho artículo 654 es otro de los soportes de derecho determinantes del pronunciamiento. Pero, como contra su aplicación en el caso no hizo el recurrente cargo alguno formal, siendo de observar que ni siquiera se detuvo a citarlo entre los textos que pretende infringidos por el sentenciador, no tiene la Corte la oportunidad de proceder a desarrollo alguno en relación con la acertada aplicación del mismo precepto al asunto de la litis.

11. - Detúvose, sí, el impugnante a censurar al sentenciador por sus referencias al artículo 1876 del C. Civ., texto que regula de modo especial la cuestión de los riesgos en las relaciones entre vendedor y comprador. El pensamiento del Tribunal en la invocación de tal precepto no fue otro que el de que, estando asegurada la cosa vendida y perfeccionada la venta, y no pudiendo el seguro disociarse de los riesgos por éste indemnizables, era lógico que aquel de los contratantes que fuese el sufridor de los riesgos de pérdida de la cosa comprada, ése era quien podía ser el beneficiario del seguro.

Si, pues, el susodicho artículo 1876 determina que "La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa: salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador", brilla con evidencia que el juzgador no infringió en manera alguna esta norma, al aplicarla en armonía con el artículo 654 del Código de Comercio, teniendo en cuenta que la pérdida de la embarcación se produjo después de haberse perfeccionado el remate mediante el cual la hizo suya el Banco Comercial de Barranquilla.

12. - Las anteriores conclusiones imponen finalmente el rechazo de la acusación por quebranto de las normas tocantes con la acción de "*in rem verso*", que el recurrente pretende estar fundada en el *enriquecimiento sin causa* que cree encontrar en el hecho de que el Banco Comercial de Barranquilla hubiera cobrado para sí en su totalidad el valor del seguro de la lancha "Elvira de Better".

Una de las condiciones constitutivas del enriquecimiento sin causa es la de que a éste no haya tenido derecho el demandado, por lo cual el fenómeno no puede darse en aquellos casos en que el aprovechamiento o ventaja de una de las partes es legítimamente causado, vale decir autorizado por el derecho.

Si en la especie del pleito, el Banco Comercial de Barranquilla remató la lancha "Elvira de Better" por un precio inferior a la cantidad que luego obtuvo como valor del seguro por la pérdida de la embarcación ocurrida después de perfeccionado el remate, es claro que, al apropiarse esa diferencia, no se enriqueció con lo ajeno, sino con lo que ya le era propio por virtud de la ley misma, la cual, al quedar perfeccionado aquel remate, según lo visto atrás, puso en su patrimonio la absoluta titularidad del seguro, no a fuerza de acreedor del ejecutado, sino como adquirente del dominio de la nave (arts. 654 C. de Co. y 1876 del C. Civ).

13.—No desvirtúa esta solución la circunstancia de que Better Lafaurie hubiera asegurado la lancha "Elvira de Better" por una suma superior a la en que se obligó a mantener el seguro según la convención hipotecaria de que trata la escritura número 2859 de 10 de noviembre de 1954, porque esa convención necesariamente implicó el consentimiento del deudor Better Lafaurie para que, si éste no pagaba al Banco las

screencias garantidas con la hipoteca, fuese la lancha sacada a remate con todas las consecuencias de derecho impuesta por la ley: una de ellas la de que el seguro de la embarcación quedase transferido al rematante de la misma con sujeción a lo dispuesto por el artículo 654 del Código de Comercio, aunque el seguro se hubiera establecido por mayor suma de la convenida. Y, como lo entendió acertadamente el Tribunal, en la hipótesis, no debatida en este juicio, de que el seguro de la lancha cobrado por el Banco hubiera excedido del verdadero valor de la misma, no sería Better Lafaurie el titular para reclamar del Banco la restitución del exceso correspondiente, sino la entidad aseguradora que lo pagó.

14.—En conclusión, todas las consideraciones que anteceden demuestran que no vulneró el sentenciador ninguno de los textos de derecho sustancial traídos a cuento en el libelo de casación de la parte actora en el juicio, cuyas censuras se desechan.

— IV —

EL RECURSO DE CASACION DEL DEMANDADO

Su libelo, el que también fue contradicho en oportunidad por el opositor respectivo, propone contra el fallo recurrido un cargo en relación con la causal primera por quebranto del artículo 2313 del Código Civil, como indebidamente aplicado, "por errores de hecho manifiestos en los autos, a consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, situaciones que llevaron al sentenciador, a la condena del pago de la suma determinada en el numeral primero de la parte resolutiva de aquel".

Con el intento de desenvolver este reparo, hace el impugnante el siguiente planteamiento:

Que el Tribunal tuvo por probada "la liquidación judicial del crédito por capital, intereses y costas, la que se fijó en la suma de treinta y ocho mil ochocientos setenta y ocho pesos con veinticuatro centavos ($ 38.878.24); la adjudicación en la subasta pública, por cuenta del crédito, de las dos naves al Banco acreedor por la suma de treinta y un mil doscientos pesos ($ 31.200.00); la aprobación de este remate, su inscripción en el registro, cancelación del embargo y orden de entrega de los bienes rematados al adjudicatario; deducción a cargo del *deudor* de un saldo pendiente de *SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS ($ 7.678.24) por la diferencia entre el valor de la almoneda TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS PESOS ($ 31.200.00)* y *el monto de la liquidación* (subrayo). Así como que: 'Ni en la liquidación del crédito dentro del hipotecario ni en la cuenta corriente del señor Better en el Comercial de Barranquilla se tomó en consideración, para descargarla, la cantidad de $ 5.195.93, *que recibió el expresado Banco por cuenta del crédito*, (subrayo) según se estableció en la inspección ocular de que se ha hecho mérito'"; y

que a los folios 3 y 4 del cuaderno número 3 obra la diligencia de inspección ocular hecha sobre los libros de contabilidad del Banco, "en la cual se pudo establecer nítidamente la existencia de la obligación principal, marcada con el número 6549-12 de noviembre de 1954, por valor de treinta mil pesos ($ 30.000.00), debitada a la cuenta de Luis C. Better L.; asimismo la de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cargo de Elvira de Better-Codeudor-Luis C. Better L.-AVISOS DIFERIDOS.-Enero 30 de 1956, 'Valor depositado para aplicar a obligación a su cargo $ 1.000.00', noviembre 13 del mismo año: relación discriminada de los diferentes abonos efectuados por Luis C. Better L. y por el secuestre señor Diago, con cargo a la obligación de $ 30.000.00. Sumas éstas que considera el Tribunal como de "otros ingresos que *obtuvo el Banco como acreedor del demandante* (subrayo) y que por no haber sido incluidos en la liquidación del crédito constituyen una fuente de enriquecimiento sin causa'".

Ante lo cual, argumenta así la censura: "Como se observa, en el fallo recurrido, manifiestamente, se dejó al margen de la apreciación de la prueba de inspección ocular aludida, la existencia de la relación jurídico-contractual de dependencia de los abonos a la obligación principal de $ 32.000.00, a cargo de Luis C. Better y a favor del Banco Comercial de Barranquilla, esto es, la razón de ser de la prestación, la presencia de la causa de aquellos abonos, desviándose así el objetivo principal de la prueba y contradiciéndose en su apreciación, ya que había afirmado la calidad o condición de acreedor del Banco en relación con Better L."

Reseña luego la existencia de las siguientes pruebas: a los folios 14 a 15 del cuaderno de pruebas número 1, la diligencia de inspección ocular practicada sobre el expediente del juicio especial de venta de la cosa hipotecada, se-

guido por el Banco Comercial de Barranquilla contra Luis C. Better, en que aparece la liquidación judicial del crédito y de las costas del juicio, con un monto total de $ 38.878.24, diligencia en que se hizo constar que "a folio 60 del expediente, el cual (el folio) se encuentra mutilado en su parte final, 'el demandado señor Luis C. Better Lafaurie queda a deber al Banco... de Barranquilla, la suma de SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PES... centavos moneda...'"; y a los folios 7, 8 y 9 del cuaderno principal, "las copias, debidamente autenticadas, de la liquidación del crédito y costas aludidas, así como de la diligencia de remate de las embargaciones y el auto aprobatorio de éste, donde aparece la siguiente declaración reconocimiento: 'Séptimo.—El demandado señor Luis C. Better Lafaurie queda a deber al Banco Comercial de Barranquilla, la suma de SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS ($ 7.678.24), o sea la diferencia entre el valor de la liquidación practicada por el Juzgado y el precio del remate'. Y la misma prueba aparece aportada por el Banco demandado, escritura pública número 1.022 de 3 de agosto de 1957, Notaría Primera del Circuito de Barranquilla —Cuaderno de Pruebas número 2.— folios 10 a 13".

En seguida, el acusador agrega: "El Tribunal de Barranquilla, incurrió, pues, en el error de hecho manifiesto en los autos, consistente en la marginación en la apreciación de la prueba de inspección ocular en los libros de contabilidad del Banco demandado, de la relación jurídico-contractual de dependencia de los abonos-pagos hechos por el demandante y el secuestre señor Diago, con aplicación a descargos o la obligación principal de $ 32.000.00 contraída por aquél a favor del Banco nombrado, al afirmar en su sentencia recurrida, que tales abonos, 'ingresos que obtuvo el Banco como acreedor del demandante' que por no haber sido incluídos en la liquidación de crédito constituyen una fuente de enriquecimiento sin causa'. O sea, un pago 'indebido', sin justificación de ninguna naturaleza.

Y también incurrió en el error de hecho manifiesto, consistente en la falta de apreciación de las pruebas de inspección ocular practicada sobre el expediente original del juicio hipotecario, las copias de la liquidación judicial del crédito y las costas del juicio, la copia de la escritura pública número 1.822, de 3 de agosto de 1957, Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, en las cuales consta el reconocimiento expreso del saldo deducido a cargo del demandante Better Lafaurie y a favor del Banco demandado, por la suma de $ 7.678.24, 'o sea la diferencia entre el valor de la liquidación practicada por el Juzgado y el precio del remate'.—En uno y otro caso, la relación contractual existe, o sea: la causa de los abonos —pagos parciales— a la deuda principal. A las partes en este litigio las indujo a la realización de esos actos jurídicos el deseo de liquidar la deuda pendiente, el contrato de préstamo celebrado entre ellas. Así, por parte del demandante la voluntad de cubrir o pagar esa deuda haciendo abonos parciales, y por el demandado el ánimo de recibir esos pagos parciales, como que tenían constituída una relación jurídico-patrimonial, regulada por el contrato de préstamo tantas veces mencionado".

Expuesto todo lo cual, e invocando la doctrina sobre pago de lo no debido, insiste en el recurrente en afirmar que la sentencia acusada "es violatoria de la norma del artículo 2313 del Código Civil, quebrantamiento indirecto, que se produjo a través de los errores de hecho manifiestos en los autos" —que, dice, ha precisado en el cuerpo de la acusación—, ya que la norma que señala como violada "regula las condiciones de existencia del pago de lo no debido, y porque, el soporte esencial y único del fallo recurrido es, precisamente, la consideración de que los pagos parciales o abonos a la obligación principal era indebido (sic), por carecer de causa y constituir una 'fuente de enriquecimiento sin causa'. Y ya se vio que sí la tienen".

LA CORTE CONSIDERA:

1.—Por sabido se tiene que el error de hecho manifiesto en la apreciación o en la falta de apreciación de determinada prueba, y al cual, en la disciplina de la causal primera de casación, se han referido el artículo 520, ord. 1º del C. J. y el artículo 52, ord. 1º del Decreto-Ley 528 de 1964, es el que tipifica un desacierto objetivo, consistente, en definitiva, en uno de dos extremos a saber: o bien que el juzgador ignore o no vea una prueba presente en el juicio, en consecuencia de lo cual desconoce el hecho que tal medio acredita; o bien que suponga como existente una prueba que no obra en el debate, dando como demostrado por ese medio imaginario un hecho que no ha sucedido. Extremo este dentro del cual se alinea la hipótesis de que el sentenciador, al contemplar una prueba, entienda que dice lo que ella no reza, desde luego

que leer un medio en forma distinta a la que éste expresa, es suponer un elemento de convicción que no está en el proceso.

2.—Así, pues, si el sentenciador contempla las pruebas tales como ellas se ofrecen, sin hacerles decir nada distinto de lo que las mismas manifiestan, entonces no podría censurársele en casación por error de hecho en la apreciación de las mismas, cuando a pesar de lo que vio que ellas revelan, hubiera llegado a adoptar una decisión en pugna con las exigencias jurídicas de la realidad demostrada. El error estaría en tal hipótesis, no en el ámbito probatorio, sino en las conclusiones que, no compadeciéndose con los hechos establecidos, fuesen contrarias al derecho sustancial. Lo que quiere decir que, en tal evento, el ataque tendría que hacerse en el recurso extraordinario, por infracción directa de la ley de esta especie, es a saber, independientemente de todo yerro en la estimación probatoria.

3.—En el caso de que aquí se trata, el impugnante no ha demostrado que el Tribunal hubiera apreciado o hubiera entendido de modo distinto a lo que ellas manifiestan, ninguna de las pruebas que el recurso cita como erróneamente apreciadas o dejadas de estimar: inspecciones oculares surtidas en el presente juicio y en el de venta judicial de la lancha "Elvira de Better", copias traídas del mismo juicio de venta y traslado de la escritura número 1822 de 13 de agosto de 1957, de la Notaría Primera de Barranquilla.

4.—Bien al contrario, los datos que el Tribunal deduce del haz probatorio son los que resultan de las mismas pruebas a que se ha hecho alusión, pues como se lee en la sentencia, y así lo reconoce el propio recurrente, el juzgador tuvo por demostrados e indiscutibles los siguientes hechos:

Que en el juicio de venta de los bienes hipotecados, seguido por el Banco Comercial de Barranquilla contra Luis Carlos Better Lafaurie, el crédito cuyo pago allí se perseguía fue liquidado —por capital, intereses y costas— en treinta y ocho mil ochocientos setenta y ocho pesos y veinticuatro centavos ($ 38.878.24),

que en la diligencia de remate, efectuada el 8 de abril de 1957, se adjudicaron al Banco, por cuenta del crédito, la lancha "Elvira de Better" en $ 24.000.00 y el planchón "G. A. V." en $ 7.200.00, o sea ambas naves por un monto de $ 31.200.00;

que en el auto de 13 de mayo de 1957, aprobatorio del remate, se dejó pendiente a cargo del deudor un saldo de $ 7.678.24 como diferencia entre el valor de la almoneda ($ 31.200.00) y el monto de la liquidación del crédito ($ 38.878.24); y

que "Ni en la liquidación del crédito dentro del hipotecario ni en la cuenta corriente del señor Better en el Comercial de Barranquilla se tomó en consideración, para descargarla, la cantidad de $ 5.195.93 que recibió el expresado Banco por cuenta del crédito, según se estableció en la inspección ocular de que se ha hecho mérito".

5.—Si, pues, el Tribunal condenó al Banco a restituir al demandante Better Lafaurie la cantidad de $ 5.195.93 con sus respectivos intereses legales, ello se debió, no a los pretendidos errores de hecho en materia probatoria, que, como se vio, no existen, sino a las consideraciones que el juzgador consigna en la última parte de la motivación de su pronunciamiento, en donde, luego de haber asentado que hubo "otros ingresos que obtuvo el Banco como acreedor del demandante y que por no haber sido incluídos en la liquidación del crédito constituyen una fuente de enriquecimiento sin causa", y llegar al resultado de que esos ingresos no abonados montan la referida cantidad de $ 5.195.93, afirma lo siguiente:

"A primera vista podría pensarse que esta materia es propia de una acción de revisión del juicio hipotecario y extraña, por tanto, a esta contención. Pero si se considera el punto con la debida atención, se observa que el Tribunal no está tratando de resolver si la liquidación del crédito fue hecha o no con acierto, ni si en ella se dejaron de considerar elementos probatorios aducidos en dicho juicio como ocurriría si el Juez que conoció del hipotecario hubiera dejado al margen de la liquidación comprobantes de pago aportados por el deudor o dineros consignados por el secuestre, dentro del proceso, por concepto del arrendamiento de los bienes secuestrados. De nada de esto se trata, sino de ingresos que entraron al patrimonio del Banco por haberlos recibido directamente, sin intervención del Juez —extrajuicio, por así decirlo— en su calidad de acreedor, cuando todavía no era dueño de las naves y que por no haber sido incluídos en la liquidación del crédito precisamente por no constar ellos en el juicio, su actual reconocimiento no modifica ni altera dicha liquidación, la cual no es, pues, objeto de revisión".

Fueron precisamente estas razones las que llevaron al Tribunal a reformar la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar por una parte al Banco Comercial de Barranquilla a pagar a Luis C. Better Lafaurie la expresada cantidad de cinco mil ciento noventa y cinco pesos y noventa y tres centavos ($ 5.195.93), más sus intereses legales a partir de la contestación de la demanda, y absolver por otra parte al nombrado Banco de los demás cargos de la demanda uno de los cuales incluía la cancelación del saldo de siete mil seiscientos setenta y ocho pesos y veinticuatro centavos ($ 7.678.24) que quedó pendiente a cargo de Luis C. Better Lafaurie y a favor del mismo Banco, a raíz de la adjudicación que a éste se le hizo de las embarcaciones rematadas en el susodicho juicio de venta de bienes hipotecados, seguido por esta entidad bancaria contra el mencionado Better Lafaurie, saldo que dejó así vigente el pronunciamiento del Tribunal.

6.—Pero, la impugnación que, según lo atrás visto, no formuló reparo alguno por violación directa de la ley sustancial, sino que se centró toda en yerros probatorios no demostrados, tampoco atacó el soporte de la sentencia contenido en el pasaje últimamente transcrito.

Limitándose la actividad de la Corte en casación a la órbita que le traza la censura, tiene que concretarse a despachar ésta adversamente. Porque, si no se dan los pretendidos errores de hecho en materia probatoria, mal puede concluírse en la violación del artículo 2313 del Código Civil, la que únicamente se propuso como consecuencia de tales supuestos yerros.

No prospera, pues, el recurso.

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 veintiocho (28) de agosto de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ALIMENTOS

Del juicio, cuyo cumplimiento del fallo se halla pendiente, debe conocer el Juez de Menores del Distrito comprensivo del domicilio del beneficiado.

Ninguno de los decretos dictados en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 27 de 1963 para reorganizar la rama jurisdiccional del poder público, contiene norma especial sobre competencia de los Jueces de Menores, fuera del artículo 10 del Decreto 528 de 1964 que dice será determinada lo mismo que sus funciones, por la respectiva legislación.

De modo que fuera de este precepto, que les da jurisdicción y competencia a los Jueces de menores dentro del respectivo Distrito Judicial, es la Ley 83 orgánica de la defensa del niño, la que señala una competencia privativa de estos funcionarios para conocer, en una sola instancia, entre otras, de las diligencias para obligar al padre al cumplimiento de su deber de prestarle alimentos a los hijos menores, siguiendo los trámites señalados en los artículos 69 a 84 de la ley en cita. El primero expresa que "los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos. En caso de incumplimiento de estas obligaciones serán compelidos de acuerdo con las disposiciones de esta ley".

No cabe, por consiguiente, tratándose de la prestación de alimentos, acudir a las disposiciones del C. Judicial que regulan el juicio especial al respecto, porque es la ley protectora del niño la que expresamente somete a sus disposiciones el cumplimiento de la obligación de dar alimentos, y en su artículo 83 deja a las partes el derecho "para establecer el juicio correspondiente de alimentos ante los jueces de circuito, a cuyo resultado deberá estarse", y en el 84 le señala al padre el término de dos años para presentarse en juicio ante los jueces civiles para los efectos del artículo anterior. Lo que significa que los dos juicios son regulados por normas diferentes.

El seguido ante el Juez de Menores se tramita por un procedimiento verbal, en el cual el Juez oficiosamente solicita las pruebas en que se funda el derecho invocado; oye a las partes en una audiencia en que se pueden recibir pruebas, y surtida ésta, el Juez falla dentro de seis días.

No termina aquí la competencia del Juez, porque queda a su cargo el cumplimiento de la sentencia en forma que, si el padre es empleado público, puede ordenar la retención del sueldo al pagador respectivo; y si no sirve la pensión decretada durante tres meses, puede condenarlo a pagar una multa de diez a trescientos pesos o a sufrir prisión de un mes a un año.

De lo hasta aquí expuesto se infiere:

La Ley 83 de 1946 busca primordialmente proteger al menor en todas las situaciones de abandono en que se encuentre de parte de los padres, entre las cuales está la "carencia de condiciones necesarias para alcanzar su desarrollo corporal, su educación moral e intelectual y su bienestar social", a cuyo remedio deben proveer los padres atendiendo a su sostenimiento suministrándole alimentos. Y en caso de que no cumplan con esta obligación, serán compelidos de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

La creación de los nuevos Distritos Judiciales con un juzgado de menores en cada uno de ellos, fraccionó la competencia entre los que antes había en cada Departamento y los establecidos por el Decreto 1350 de 1964. Estos la adquirieron en el territorio de su jurisdicción en lo atinente a alimentos, no sólo para los negocios que se iniciaran a partir de la vigencia de la ley nueva, y para los pendientes de dictarse sentencia, sino para resolver en los ya fallados de todas las peticiones relacionadas con la prestación alimenticia, así se trate de dictar las medidas coactivas para obligar al pago a quien no cumple con éste, como de las referentes al aumento, disminución o extinción de la cuota alimenticia, o de la forma de pago.

Si el fallo proferido por un juez de menores de jurisdicción exclusiva en todo el Departamento se venía cumpliendo entregando el juzgado directamente al interesado

las pensiones alimenticias remitidas a ese despacho por el empleado que las descontaba del sueldo devengado por el condenado a pagarlas, y resulta menos gravoso para el menor beneficiado que las cuotas alimenticias se envíen al nuevo Juez de Menores del Distrito donde tiene su domicilio la persona encargada de percibirlas, la naturaleza del juicio de alimentos para menores, el espíritu de la Ley 83 y el artículo 95 del Decreto 1356 de 1964 confluyen a sostener que el nuevo Juez de Menores sea el llamado a seguir conociendo de la ejecución de la sentencia y pago de los alimentos. En efecto, en tratándose del fallo de esta naturaleza, pronunciado por un juez de menores, su competencia no ha expirado, porque la ley que regula persigue que el protector de menores vele porque el alimentante cumpla su obligación; el Decreto 1356 no dijo nada en relación con el traslado de expedientes a los nuevos jueces de menores y, si, como lo dice el señor Procurador, hubiera de aplicarse por analogía el artículo 95 de este Decreto que dice: "Los procesos civiles, penales y laborales que se hayan originado en municipios incorporados por este Decreto a nuevos Distritos Judiciales, o al territorio de un nuevo Juzgado Superior pasarán, en el estado en que se encuentren, a los Tribunales y Juzgados correspondientes, con el inventario del caso, teniendo en cuenta las reglas de la competencia", se tendría que el juicio de alimentos fallado por el Juez de Menores pendiente en la ejecución o cumplimiento de la sentencia, originado en un municipio que se ha incorporado a un nuevo Distrito Judicial, debe pasar en el estado en que se encuentra al nuevo Juez de Menores, para que despache cuanto le compete al tenor de la Ley 83 de 1946.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

El Juzgado de Menores de Ibagué, por sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, condenó a Gabriel Gualtero Molina a "suministrar a la demandante señora Ana Isabel Maceto de Gualtero, en calidad de cuota alimenticia, para sus menores hijos Betty y Elizabeth Gualtero, la suma de trescientos pesos ($ 300.00) mensuales, del sueldo que devenga como Personero Municipal del Municipio de Rioblanco. Para la efectividad de la cuota asignada se oficiará al señor Tesorero Municipal de aquel Municipio, advirtiéndole que la suma de trescientos pesos ordenada descontar, rige a partir del presente mes de mayo, quedando en esta forma reformada la providencia de fecha 12 de agosto del año próximo pasado que ordena retener el 50% del sueldo que devenga el demandado Gualtero, y que le fue comunicado en oficio número 731 de fecha 14 de agosto de 1963.

"Queda a salvo el derecho de las partes para acudir a los jueces civiles a cuyo resultado definitivo deberá estarse".

En escrito recibido en el mismo Juzgado el 11 de septiembre de 1964, Isabel Maceto de Gualtero informa al Juez que el demandado Gualtero abonó por conducto del Personero Municipal la suma de $ 1.200.00 correspondiente a las cuotas alimenticias de mayo a agosto de ese año.

La misma Maceto de Gualtero solicitó al Juzgado de Menores en memorial presentado el 7 de octubre de 1965, se trasladara "la demanda" contra Gabriel Gualtero al Juzgado de Menores de Chaparral, porque ella vive allí, y le son demasiado costosos los viajes a Ibagué.

Por auto de la misma fecha, el Juzgado ordenó desanotar el juicio y remitirlo "al señor Juez de Menores de Chaparral, para que conozca de él, por jurisdicción o competencia".

Este, en vista de que la Secretaría informa que el juicio está terminado, "pues se pronunció sentencia y esta quedó en firme", dispuso en providencia de la misma fecha devolver el negocio al Juez de Menores de Ibagué "en consideración a que ya no es el caso de entrar a conocer este Despacho de tal juicio, por cuanto que ya es una cosa juzgada, pues dicho fallo quedó en firme y por tal motivo debe permanecer en el archivo correspondiente al Juzgado que conoció del mismo".

El Juzgado de Menores de Ibagué en auto de 23 de noviembre siguiente, en atención a que la sentencia en juicio de alimentos no tiene autoridad de cosa juzgada, por ser susceptible de modificaciones, no puede ordenarse el archivo del expediente sino cuando cese la obligación de pagarlos; y porque, de otra parte, es muy oneroso que la madre de los menores se traslade mensualmente a Ibagué a reclamar la cuota alimenticia gastando buena parte de ella en el viaje de Chaparral, donde está domiciliada, a Ibagué.

El Juzgado de Menores de Chaparral en proveído de 3 de diciembre último, insiste en sus puntos de vista añadiendo que para las modificaciones deben iniciarse nuevas acciones entre los jue-

ces civiles, que ese despacho no podría seguir actuando sobre un negocio ya terminado, ni ordenar a la parte vencida que siga pagando las cuotas que se causen en lo sucesivo por no tener competencia. Y dispone devolverle el proceso al Juez de Menores de Ibagué provocándole colisión negativa de competencia para el caso que no acepte las razones expuestas.

El Juzgado de Menores de Ibagué, por auto de primero de febrero del corriente año, aceptó la competencia, y resolvió enviar el expediente a la Corte para que sea dirimida.

Esta decisión la basa en las siguientes consideraciones: la sentencia de alimentos bien sea dictada por Juez Civil o de Menores, no hace tránsito de cosa juzgada, porque las partes, en razón de que cambien las circunstancias que la determinaron, pueden pedir modificación de ella para que se aumente o disminuya la mesada, se modifique la forma de pago, o se declare terminada la obligación a cargo del alimentante.

Además en los juicios de alimentos que se tramitan ante los Jueces de Menores, si el padre condenado a pagar una pensión no la cumple durante tres meses, puede ser multado y aún condenado a sufrir prisión de un mes a un año.

La madre de los menores Gualtero Maceto, que es vecina de Chaparral, se ve en la necesidad de llamar dos o tres veces por teléfono para informarse si ya ha llegado el giro y obtenida la respuesta afirmativa, debe viajar a Ibagué para recibir el título y cobrarlo.

Los menores alimentarios cuentan 11 y 9 años, de modo que el último tendrá derecho a su pensión hasta el año de 1977.

Uno de los fines de la reforma judicial es el de descentralizar la justicia, con el fin de que los Juzgados y Tribunales estén más cerca de los litigantes y así hacer menos gravosa la protección de sus derechos.

Esto toca más con los menores para los cuales el procedimiento breve y sumario en el juicio de alimentos tiene por objeto ampararlos más eficazmente, y sustraerlos de hacer gastos que no están a su alcance.

El Procurador Delegado 1º en lo Civil descorrió el traslado que se le dio en virtud de lo preceptuado por el artículo 422 del C. Judicial, con las siguientes observaciones: La sentencia de alimentos proferida por el Juez de Menores de Ibagué obedeció a que este despacho tenía jurisdicción en todo el Distrito Judicial dentro del cual estaba comprendido el municipio de Rioblanco, domicilio del demandado, y era, por tanto, competente para conocer por la naturaleza del negocio, la calidad de las partes "y el lugar donde debía ventilarse". La petición de Maceto de Gualtero para que se traslade 'su demanda' a Chaparral para facilitarle la percepción de las cuotas alimenticias que paga el demandado vencido, "en realidad se refiere a la ejecución del fallo".

El Juzgado de Menores de Chaparral, creado por el Decreto 1356 de 1964, artículo 66, con residencia en la cabecera del Distrito Judicial de Chaparral, ejerce jurisdicción en todo el territorio del Distrito, y conoce de los negocios de su competencia desde el 1º de enero de 1965 de conformidad con lo previsto por el Decreto 1882 de 1964 artículo 5º.

Pero el Juez de Menores de Chaparral conoce de los negocios que en la fecha de la vigencia del mencionado Decreto 1356 estaban al conocimiento de otros Jueces, y de los iniciados con posterioridad a tal vigencia. Los primeros debían, en consecuencia, serle remitidos en el estado en que se encontraban (art. 95).

El juicio que ha motivado la colisión de competencia no pudo quedar bajo el conocimiento del Juzgado de Menores de Chaparral, porque ya estaba fenecido a virtud de sentencia definitiva, y la ejecución de esta corresponde a quien la pronunció como lo dispone el artículo 550, inciso 2º del C. J. "ya que para estos actos de cumplimiento o ejecución de la sentencia no hay necesidad de un nuevo juicio".

Los inconvenientes anotados por la actora en el juicio, para la percepción de las cuotas alimenticias, podría evitarse remitiendo el Juez de Menores de Ibagué los dineros correspondientes por correo a Chaparral su domicilio.

Terminado el proceso por sentencia ejecutoriada, no puede hablarse de colisión de competencia, porque esta, al tenor de lo preceptuado por los artículos 413, 414, 415 y concordantes del Código Judicial, solo se da, cuando existe un juicio o proceso en curso.

Por lo cual resulta obvio que la competencia negativa provocada por el Juez de Menores de Ibagué al de Chaparral carece de fundamento, no hay materia sobre la cual pueda suscitarse colisión entre ellos.

En el supuesto de que en un futuro se presentaran las peticiones del alimentante o del ali-

mentario de que tratan los artículos 422 del Código Civil y 837 del Judicial, para que se declare extinguida la obligación o para que se varíe la forma de pago o su cuantía, se trataría de nuevas acciones que deben surtirse ante el mismo Juez que conoció del juicio y a continuación de lo actuado y siguiendo el mismo trámite de la ya fallada. Establece la segunda de las normas citadas "una jurisdicción y una competencia especial, en la que el conocimiento de lo demandado se surte a "'continuación de lo actuado' ".

En el caso de que el domicilio del demandado vencido pase a formar parte de un Distrito Judicial distinto a aquel a que pertenece el Juez de Menores que profirió el fallo ya ejecutoriado, podría presentarse el problema de si el Juez de Menores del nuevo Distrito deba conocer de las peticiones sobre modificaciones de la cuantía, modo de pago y demás, que es el caso aquí contemplado, pero ya se dijo que el Decreto 1356 de 1964 creó el Juzgado de Menores de Chaparral, y que el 428 del mismo año dispuso que la competencia "será determinada por la respectiva legislación".

La competencia de los Jueces de Menores está señalada en la ley 83 de 1946, la cual es posterior al Código Judicial, cuyo artículo 837 determina la competencia para conocer de las acciones posteriores a la sentencia que decretó el pago de las pensiones alimenticias.

Estas acciones posteriores son de competencia del Juez de Menores de Ibagué, quien de conformidad con el artículo 837 conoce de ellas a continuación del expediente.

"El Juez de Menores de Chaparral no tiene jurisdicción ni competencia alguna para disponer nada en este asunto, como equivocadamente lo estimó la Juez de Menores de Ibagué".

La Corte considera:

La Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño, en el artículo 2º dispone que en cada capital de Departamento habrá un Juez de Menores que conocerá en una sola instancia de las diligencias a que dieren lugar las infracciones penales cometidas por los menores de diez y ocho años en el respectivo territorio, y de las situaciones de abandono en que se hallaren los menores de la misma edad.

El artículo 10 del Decreto 528 de 1964, por el cual se dictaron normas sobre organización judicial y competencia dispuso: "En cada distrito judicial habrá por lo menos un Juez de Menores, cuya competencia y funciones serán determinados por la respectiva legislación".

El Decreto 1356 del mismo año creó el Distrito Judicial de Chaparral (art. 59), y el Juzgado de Menores de Chaparral con residencia en esta ciudad (art. 60), e incorporó el Municipio de Rioblanco en dicho Distrito.

Ninguno de los decretos dictados en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 27 de 1963 para reorganizar la rama jurisdiccional del poder público, contiene norma especial sobre competencia de los Jueces de Menores, fuera del artículo 10 del citado Decreto 528 que dice será determinada lo mismo que sus funciones, por la respectiva legislación.

De modo que fuera de este precepto, que les da jurisdicción y competencia a los Jueces de Menores dentro del respectivo Distrito Judicial, es la Ley 83 orgánica de la defensa del niño, la que señala una competencia privativa de estos funcionarios para conocer, en una sola instancia, entre otras, de las diligencias para obligar al padre al cumplimiento de su deber de prestarle alimentos a los hijos menores, siguiendo los trámites señalados en los artículos 69 a 84 de la ley en cita. El primero expresa que "los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos. En caso de incumplimiento de estas obligaciones serán compelidos de acuerdo con las disposiciones de esta ley".

No cabe, por consiguiente, tratándose de la prestación de alimentos, acudir a las disposiciones del C. Judicial que regulan el juicio especial al respecto, porque es la ley protectora del niño la que expresamente somete a sus disposiciones el cumplimiento de la obligación de dar alimentos, y en su artículo 83 deja a las partes el derecho "para entablar el juicio correspondiente de alimentos ante los Jueces de Circuito, a cuyo resultado deberá estarse", y en el 84 le señala al padre el término de dos años para presentarse en juicio ante los Jueces Civiles para los efectos del artículo anterior. Lo que significa que los dos juicios son regulados por normas diferentes.

El seguido ante el Juez de Menores se tramita por un procedimiento verbal, en el cual el Juez oficiosamente solicita las pruebas en que se funda el derecho invocado; oye a las partes en una audiencia en que se pueden recibir pruebas, y surtida esta, el Juez falla dentro de seis días.

No termina aquí la competencia del Juez, porque queda a su cargo el cumplimiento de la sentencia en forma que, si el padre es empleado público, puede ordenar la retención del sueldo al pagador respectivo; y si no sirve la pensión decretada durante tres meses, puede condenarlo a pagar una multa de diez a trescientos pesos o a sufrir prisión de un mes a un año.

De lo hasta aquí expuesto se infiere:

La Ley 83 busca primordialmente proteger al menor en todas las situaciones de abandono en que se encuentre de parte de los padres, entre las cuales está la "carencia de las condiciones necesarias para alcanzar su desarrollo corporal, su educación moral e intelectual y su bienestar social", a cuyo remedio deben proveer los padres atendiendo a su sostenimiento suministrándole alimentos. Y en caso de que no cumplan con esta obligación, serán compelidos de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

La creación de los nuevos distritos judiciales con un Juzgado de Menores en cada uno de ellos, fraccionó la competencia entre los que antes había en cada Departamento y los establecidos por el Decreto 1356. Estos la adquirieron en el territorio de su jurisdicción en lo atinente a alimentos, no solo para los negocios que se iniciaran a partir de la vigencia de la ley nueva, y para los pendientes de dictarse sentencia, sino para resolver en los ya fallados de todas las peticiones relacionadas con la prestación alimenticia, así se trate de dictar las medidas coactivas para obligar al pago a quien no cumple con este, como de las referentes al aumento, disminución o extinción de la cuota alimenticia, o de la forma de pago.

Si el fallo proferido por un Juez de Menores de jurisdicción exclusiva en todo el Departamento se venía cumpliendo entregando el Juzgado directamente al interesado las pensiones alimenticias remitidas a ese despacho por el empleado que las descontaba del sueldo devengado por el condenado a pagarlas, y resulta menos gravoso para el menor beneficiado que las cuotas alimenticias se envíen al nuevo Juez de Menores del Distrito donde tiene su domicilio la persona encargada de percibirlas, la naturaleza del juicio de alimentos para menores, el espíritu de la Ley 83 y el artículo 95 del Decreto 1356 de 1964 confluyen a sostener que el nuevo Juez de Menores sea el llamado a seguir conociendo de la ejecución de la sentencia y pago de los alimentos. En efecto, en tratándose del fallo de esta naturaleza, pronunciado por un Juez de Menores, su competencia no ha expirado, porque la ley que regula persigue que el protector de menores vele porque el alimentante cumpla su obligación; el Decreto 1356 no dijo nada en relación con el traslado de expedientes a los nuevos Jueces de Menores y, si, como lo dice el señor Procurador, hubiera de aplicarse por analogía el artículo 95 de este decreto que dice: "los procesos civiles, penales y laborales que se hayan originado en municipios incorporados por este decreto a nuevos distritos judiciales, o al territorio de un nuevo Juzgado Superior pasarán, en el estado en que se encuentren, a los Tribunales y Juzgados correspondientes, con el inventario del caso teniendo en cuenta las reglas de la competencia", se tendría que el juicio de alimentos fallado por el Juez de Menores pendiente en la ejecución o cumplimiento de la sentencia, originado en un municipio que se ha incorporado a un nuevo distrito judicial, debe pasar en el estado en que se encuentra al nuevo Juez de Menores, para que despache cuanto le compete al tenor de la Ley 83 de 1946.

Esto es lo que ocurre en el caso concreto de colisión de competencia: El Juzgado de Menores de Ibagué condenó a Gabriél Gualtero M. a suministrarle a Ana Isabel Maceto de Gualtero la suma de trescientos pesos mensuales del sueldo que devengo como Personero Municipal de Ríoblanco, para el sostenimiento de sus menores hijos legítimos Betty y Elizabeth Gualtero Maceto.

El Municipio de Ríoblanco pasó a formar parte del distrito judicial de Chaparral, ciudad ésta donde residen Ana Isabel Maceto y sus dos hijas menores.

El pago se viene cumpliendo así: El Tesorero Municipal de Ríoblanco descuenta a Gabriel Gualtero la suma de trescientos pesos mensuales de su sueldo de Personero de aquel Municipio y la remite al Juez de Menores de Ibagué, a donde la madre de los menores alimentarios debe acudir a percibir las cuotas haciendo gastos considerables de viaje que van en merma de la pensión alimenticia.

Es más benéfico para Betty y Elizabeth que el Juez de Menores de Chaparral reciba el expediente, y provea a que el Tesorero Municipal de Ríoblanco le remita las sumas descontadas para entregárselas a Maceto de Gualtero en Chaparral, su residencia.

Así se da aplicación a las normas sobre competencia que consagra el Código Judicial en armonía con la ley 83 de 1946 en lo referente a prestación de alimentos.

La Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador, por razón de lo dispuesto en la ley 83 de 1946

RESUELVE:

Es COMPETENTE para seguir conociendo de las diligencias de alimentos iniciadas ante el Juez de Menores de Ibagué por Ana Isabel Maceto de Gualtero, madre legítima de las menores Betty y Elizabeth Gualtero Maceto, el Juez de Menores de Chaparral, al cual debe remitírsele el expediente.

Notifíquese y devuélvase al Juzgado de Menores de Ibagué.

Enrique López de la Pava, Aníbal Cardoso Gaitán, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARTICION

Sala que debía decidir la apelación del auto declaratorio de objeciones fundadas, antes de la reforma vigente.—Sentido y alcance del artículo 394 del C. Judicial.—Las nulidades procedimentales no son susceptibles de extensión al interpretarlas.—En casación sólo pueden considerarse las objeciones controvertidas en las instancias.—Interés jurídico para recurrir en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.

1.—La Corte en sentencia de 19 de septiembre de 1957 (G. J., T. LXXXVI, 2186/87, págs. 72 a 75), sentó la tesis de que "la providencia que declara fundadas las objeciones a la partición en juicio de sucesión, es auto interlocutorio, y aun cuando no existe disposición expresa de la ley que ordene su pronunciamiento en Sala de Decisión, la misma naturaleza del acto exige que se profiera en Sala Plural". Pero tal doctrina, reducida al ámbito del negocio en que fue consignada, no estaba llamada a prosperar dentro de la preceptiva del Código de Procedimiento Civil, por las siguientes razones:

Si el único pronunciamiento que en el juicio de sucesión tiene el carácter de sentencia es el aprobatorio de la partición (arts. 967, 968 y 519 del C. J.), quiere decir que todas las demás providencias que en el mismo juicio recaigan son apenas autos interlocutorios o de sustanciación, según la naturaleza de los mismos.

Entonces, el auto del Tribunal que confirma el del a quo, decisorio del incidente de objeciones en el sentido de acoger cualquiera de éstas, es un auto interlocutorio.

Ahora bien: tratándose de la expedición por el Tribunal, de los autos interlocutorios, la regla general, sin perjuicio de las excepciones consagradas por la ley, era la de que esa función incumbía unipersonalmente al magistrado sustanciador del negocio. Tal regla estaba sentada en la primera parte del artículo 84 ibidem, al preceptuar que "en los asuntos que deben ser fallados en Sala de Decisión, el Magistrado a quien se reparte se llama ponente, y a él toca proferir los autos interlocutorios y de sustanciación..."; y la confirmaba el artículo 503 ibidem, que, en relación con el 502 atinente a la apelación de los autos interlocutorios, disponía que "si el superior es un Tribunal, entiende en la apelación por medio del magistrado a quien le toque en reparto, salvo las excepciones especiales establecidas en este Código".

En la esfera de la legislación procesal vigente cuando se tramitó el negocio, no existe texto alguno que dispusiera que en la apelación del auto decisorio del incidente de objeciones a la partición, en que se aceptase alguna de éstas, el pronunciamiento del Tribunal confirmatorio del recurrido debía ser dictado en Sala de Decisión. Ello quiere decir que, en tal caso, la expedición del auto del superior no escapaba a la regla general en cuya virtud competía dictar esa providencia al magistrado a quien le hubiera correspondido conocer del recurso.

Y esta conclusión la confirma el artículo 986 ibidem, que, al señalar ciertos autos relacionados con el trámite de la partición, para preceptuar que la apelación de los mismos ante un Tribunal debe decidirse en Sala de Decisión, no incluyó entre tales autos el declaratorio de objeciones fundadas. En efecto, reza este artículo que "Las apelaciones de los autos que se dicten de conformidad con lo dispuesto en los artículos 954, 960, 962, 963 y 967 se sustancian por el superior, como de interlocutorios, y se fallan en Sala de Decisión, si éste es un Tribunal".

Ni cabría argüir que el auto declaratorio de objeciones fundadas, tenía por su naturaleza misma que colocarse al lado de los de que trata el artículo 986 para efectos de su apelación, porque cualquiera que sea la importancia que pudiera atribuírsele, es lo cierto que, no obstante ello, el legislador no lo sometió a aquella disciplina especial. Por lo que, siendo su naturaleza material la de un auto interlocutorio, debía seguir el régimen general establecido por la ley para la apelación de éstos. Por simples motivos de conveniencia, no podría, pues, extenderse el precepto de excepción a un caso no excluido por el legislador de la regla general, lo que sería contrario a derecho, no so-

lamente porque el sistema de aplicación de un texto por analogía no cabe allí en donde impera otro, expreso, regulador de la materia, sino porque las normas de excepción, como era entonces la del artículo 966, dado su carácter restrictivo, no admiten empleo más allá de sus propios términos, a mérito del principio "exceptiones sunt strictissimae interpretationis"

Menos aún si, como en la especie del pleito, la interpretación extensiva del art. 966 hubiera implicado la nulidad de lo actuado, contrariando otro principio capital en la materia, cual es el de que las nulidades procedimentales no se infieren por analogía, sino que los motivos en que ellas se fundan deben encontrarse expresamente establecidos en la ley.

En razón de todo lo expuesto, precisa concluir que, en cuanto a la forma de su expedición, el auto del Tribunal Superior, por el cual se confirmó el del juez a quo que decidió el incidente de objeciones a la partición, fue bien dictado por el magistrado sustanciador en sala unitaria, conforme a la ley entonces vigente; que, por lo tanto, esa providencia no adolece de nulidad procesal alguna; y que, en consecuencia, es inadmisible el cargo que en casación se ha intentado fundar en aquella circunstancia.

2.—El artículo 394 del C. Judicial, al disponer que "El Juez debe desechar de plano los incidentes que no procedan según el caso, conforme a la ley, cuando se promuevan por la misma causa después de haber sido recibidos en otra brasión", se está refiriendo a toda clase de incidentes y no sólo a aquéllos que por disposiciones especiales deban sustanciarse en forma de articulación.

3.—Como bien lo tiene consagrado la doctrina, las causales de nulidad procedimental, determinadas expresamente y en forma taxativa por los artículos 448 y siguientes del código de la materia, constituyen reglas estrictas, no susceptibles de extensión al interpretarlas, ni del criterio de analogía en su aplicación (casa. 7 septiembre 1934, XLI bis, 1895 B., pág. 132; 22 noviembre 1954, LXXIX, 2149, pág. 103).

4.—Aún en el caso de que, en el presente evento, la censura en sí fuese fundada, ésta no podría ser tomada en cuenta en el recurso extraordinario, por no haber sido materia de objeción alguna contra la partición. En efecto, las circunstancias en que el ataque en casación intenta fundarse fueron preexistentes a la partición de que se corrió traslado a las partes. Ello envolvía la necesidad de que los interesados en impugnar tal trabajo con fundamento en semejantes circunstancias, lo hubieran hecho en la etapa de las objeciones para que allí, en esa oportunidad, se hubiera producido sobre el punto la cuestión contenciosa, que legitimase a tales interesados para poder deducir en el recurso extraordinario el cargo relacionado con esa materia.

"Lo que se predica —dice la doctrina imperante— aun para el caso de que, en juicios de las especies de que aquí se trata, se pretenda el acceso a la casación por alguna de las causales contempladas en los ordinales 2º a 7º del artículo 519, porque de ellas no podría hacerse mérito ante la Corte en razón del recurso extraordinario, sino sobre la base de que en el juicio en que se alegue haberse cometido alguno de los errores sobre que estas causales versan, la partición haya sido materia de objeciones o tachas formalmente deducidas. Lo contrario equivaldría a traer ante la Corte cuestiones propias de incidentes extraños al recurso extraordinario. Y sin que pueda argumentarse sobre la admisibilidad en casación del medio nuevo por consideraciones de orden público, pues todavía en este ámbito la pertinencia del recurso extraordinario, por fuerza de su propia índole, supone en todo caso la presencia del substrato contencioso. Se reafirma así la jurisprudencia uniforme y constante sostenida por la Corte en la materia de que se trata, no obstante el proveído de esta Sala en sentido distinto, de fecha 7 de septiembre de 1950, visible en el Tomo LXVIII de la Gaceta Judicial, números 2087-2088, páginas 24 y 25, proveído ese cuya doctrina queda recogida en los términos de la presente decisión" (Prov. 5 julio 1962, divisorio Julio Gutiérrez contra María del C. Gutiérrez y otras).

Si, pues, la materia informativa del cargo que se contempla no fue tema de objeción en la instancia, mal podría ahora ese reparo ser atendido en casación.

5.—No basta que en el juicio sucesorio o de partición se hayan propuesto oportunamente objeciones al trabajo partitivo, para que por ese solo hecho haya de franquearse el paso al recurso de casación, sino que es preciso, como lo predica la doctrina, que se hayan agotado jerárquicamente los posibles medios de debate en instancia, bien contra la sentencia que rechazando las objeciones aprobó la partición, bien contra el auto en que, por acogerse una o más de ellas, se desechó el trabajo presentado y se ordenó efectuar uno nuevo.

Tal necesidad de que en la instancia se hayan agotado los posibles medios de debate, la impone la lógica procesal, el sentido mismo de la actuación de las partes, porque si éstas no interpusieron contra la providencia decisoria de las objeciones la totalidad de los recursos de que podían hacer uso conforme a derecho, eso importa tanto como haberse conformado con ella, desinteresándose de impugnarla, ocasionando su ejecutoria y dando así lugar, dentro del juicio, a la preclusión de todo otro recurso posterior.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Rogelio Sánchez Juanias y Julia María Sánchez de Sánchez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 14 de diciembre de 1962, en el juicio de sucesión de José Buenaventura Sánchez.

- I -

ANTECEDENTES

El juicio de sucesión intestada de José Buenaventura Sánchez, seguido en primera instancia ante el Juez 2º Civil del Circuito de Neiva, da cuenta, entre otros hechos, de los siguientes:

Que por auto de 9 de diciembre de 1959, el Juez admitió la demanda de partición del interesado Paulino A. Pascuas y ordenó correr traslado de ella a los demandados Rogelio Sánchez Juanias y Julia Sánchez de Sánchez (f. 225v., c.1).

Ante la oposición de los demandados, quienes dijeron fundarse en el hecho de que más de la mitad de los bienes inventariados eran materia de un juicio ordinario de exclusión propuesto por la nombrada Julia Sánchez de Sánchez, tramitóse la articulación del caso que concluyó con auto del Juez, de 16 de mayo de 1960, por el cual, mediante la consideración de que el incidente ya había sido propuesto anteriormente y fallado en forma adversa a los mismos proponentes por falta de prueba, declaró "inadmisible el incidente de oposición a la partición de los bienes" (fs. 26 a 28, c. II). Este auto quedó ejecutoriado, en cuanto la apelación contra el mismo interpuesta fue negada por no haberse consignado oportunamente el valor de unas costas que adeudaba la parte apelante (fs. 30v. y 31 ibid., 4 y 5 C. 12).

Así las cosas, el Juzgado en auto de 14 de noviembre de 1960 dispuso lo siguiente: "Requiérase a las partes de este juicio, para que dentro del término de cinco días hagan la designación de partidor" (f. 229, c. I).

No habiéndola hecho ellas, el Juzgado en auto del día 23 del mismo mes, hizo el nombramiento y le señaló al partidor el término de sesenta días para efectuar su trabajo (f. 231 ibid.).

Presentado éste, fue impugnado por la parte de Rogelio Sánchez Juanias, quien a tal propósito propuso en sustancia las siguientes objeciones: *Primera.* - Habérsele adjudicado a Rogelio Sánchez Juanias la isla de "El Chucho". Siendo así que en el expediente obran las escrituras por las cuales esa isla fue enajenada a varias personas antes de recaer la sentencia de la Corte de fecha 15 de marzo de 1955, sentencia que se llevó de calle el partidor, dado que en el ordinal 5º de la misma se dispuso que si los demandados de entonces hubieren enajenado en todo o en parte los bienes objeto de aquel juicio, deberían entregar a la herencia de José Buenaventura Sánchez su respectivo valor en dinero por el avalúo que se los dió el 18 de julio de 1946. *Segunda.* - Haberse incluído en la partición el lote denominado "El Palmichal" que en ningún momento perteneció al causante, ni se halla comprendido entre los bienes que el fallo de la Corte ordenó restituir a la herencia. Sin que, por el hecho de haberlo recibido los hermanos Sánchez Juanias como contraprestación en la permuta que celebraron sobre el potrero de "La Arciniegas" mediante la escritura número 351 de 28 de junio de 1936, de la Notaría 2ª de Neiva, pueda entenderse que aquel inmueble se halla afecto de subrogación a este potrero. En el particular la obligación de los hermanos Sánchez Juanias quedaba sustituída por la de pagar el precio del potrero de "La Arciniegas" según el avalúo de 18 de julio de 1946. *Tercera.* - Haberse violado la regla del numeral 4º del artículo 1394 del C. Civ., al adjudicarse a la parte objetante derechos en los predios "Lote del Mangón Grande de Sabana" y "Lote del Algodonal", los cuales quedan totalmente separados del predio "Miraflores" de que es propietaria Julia Sánchez de Sánchez, esposa del heredero Rogelio Sánchez J. y quien fue reconocida como cesionaria en el presente juicio. Los dos lotes primeramente nombrados debieron adjudicarse a Paulino Pascuas, como propietario de predios contiguos a aquéllos. En cambio a los Sánchez hubieran podido asignárseles derechos en los fundos "Las Tulpas", "El Peñón", "La Meseta" y "Los Valentines", por ser adyacentes a la finca de "Miraflores" y tener en el de "Los Valentines" derechos Julia Sánchez de Sánchez. *Cuarta.* - El haberse asignado los $ 10.000.-00 inventariados en la partida sexta, exclusivamente, a Rogelio Sánchez y Julia de Sánchez, con violación de la regla séptima del artículo 1394 del C. Civ., porque, para guardar la igualdad o semejanza y equivalencia que tal precepto ordena, esa cantidad debió adjudicarse entre los partícipes a prorrata de sus cuotas, dado que siendo susceptibles de error los avalúos, podría entonces suceder que los adjudicatarios de especies salie-

sea perjudicados frente a los adjudicatarios de dinero, por la baja estimación de aquéllas, o viceversa. *Quinto*. - Haberse adjudicado a Paulino Pascuas la hijuela de gastos, sin que mediara convenio entre los interesados en el particular, rompiéndose la igualdad entre los partícipes preceptuada por la referida regla 7ª del artículo 1394. *Sexto*. - Existir, además, la circunstancia de que se le asignó al nombrado Pascuas, la hijuela de gastos para reembolsarle erogaciones que no aparecen efectuadas por este asignatario. (f. 1. a 3, c. 15).

Mediante el trámite de la correspondiente articulación, el juez del conocimiento, en auto de 22 de enero de 1962, declaró infundadas las objeciones distintas de la sexta, probada esta última y, en consecuencia, ordenó al partidor "rehacer la cuenta habida consideración de las observaciones consignadas al respecto, es decir, adjudicando a Rogelio Sánchez J. lo necesario para reembolsarle los gastos hechos según comprobantes que obran en el expediente" (fs. 21v. a 23 ibid.).

Apelada esta providencia por el apoderado de Rogelio Sánchez Juanías, el Tribunal Superior de Neiva en auto de sala unitaria, de fecha 7 de marzo del mismo año, la confirmó plenamente; y este auto del superior, no habiendo sido objeto de recurso de reposición, quedó ejecutoriado, como así lo hizo constar el Secretario del Tribunal en atestación del día 14 del mismo mes (fs. 3 a 6, c. 16).

Efectuado por el partidor el nuevo trabajo, el Juzgado mediante sentencia de 17 de agosto de 1962, en que consideró "reformada la partición en los términos en que fue ordenada", le impartió su aprobación (f. 261, c. 1.).

E interpuesto contra este fallo el recurso de apelación por el apoderado de Rogelio Sánchez y Julia Sánchez de Sánchez, fue confirmado por el Tribunal Superior de Neiva en sentencia de 14 de diciembre de 1962 (fs. 11 y 12, c. 17), contra la cual el apoderado de los mismos Sánchez interpuso el recurso de casación de cuya definición se ocupa aquí la Corte.

- II -

LA DEMANDA DE CASACION

Siete cargos, de los cuales los dos primeros en la órbita de la causal sexta y los cinco restantes en la de la primera, propone el recurrente, cuyas censuras cabe en lo sustancial compendiar así:

Primer cargo. - Formulado por nulidad con base en la violación de los artículos 955 y 954 del C. J. y 26 de la Carta fundamental, y falta de competencia, según el ordinal 1º del artículo 448 del referido código, se hace consistir en lo siguiente:

Que, habiéndose tramitado la articulación correspondiente a la oposición que hicieron Rogelio Sánchez y Julia Sánchez de Sánchez a la demanda de partición, el Juez desató el artículo mediante auto de fecha 16 de mayo de 1960, por el cual resolvió: "declarar INADMISIBLE el incidente"; y luego, como consecuencia de tal auto, dispuso requerir a las partes para que designasen el partidor. Pero resulta que ni en el auto que declaró inadmisible la oposición, ni en el de tal requerimiento, se decretó la partición. Lo cual envuelve preterminisión del procedimiento que consagra el artículo 955 ibidem, según el cual "vencido el término del traslado, si no hubo oposición, o fallado el incidente en el sentido en que se haga la partición, el juez previene a los herederos que nombren el partidor dentro de cinco días". Quiere decir que en el caso se dispuso requerir a las partes para designar partidor, sin haberse ordenado la partición.

La consideración en que se basó el *a quo* para declarar inadmisible el incidente de oposición fue la de que éste se había negado antes, pero "Ningún obstáculo para resolver en el fondo la pertinencia o impertinencia de proceder a la partición, era la existencia de dos autos que habían rechazado antes la suspensión, porque no se trataba de sentencias ni de providencias con valor de cosa juzgada, ni la ley contempla el trámite de incidentes o articulaciones para resolver sobre la suspensión y permite, en cambio, como del artículo 954 del C. J. se deduce, que pueda discutirse el punto cuando se da el traslado de la demanda de partición".

Se infringieron así los citados artículos 955 y 954 del Código Judicial.

"Esta grave preterminisión de procedimiento afecta el derecho de defensa del opositor, hoy recurrente en casación, por lo cual encierra una nulidad por violación de garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta, lo mismo que por falta de competencia, conforme al ordinal 1º del artículo 448 del C. J., porque los trámites procesales encierran también la prohibición al juez de resolver sin someterse a ellos, es decir, la limitación de su competencia para decidir con violación de esos trámites".

Y ello se reflejó en la sentencia aprobatoria de la partición, pues, de haber caído en cuenta de tal nulidad, el Tribunal hubiera ordenado suspender la patición, en vista del certificado del juzgado sobre existencia de un juicio ordinario en el cual se discute la propiedad de más del cincuenta por ciento de los bienes inventariados y de que la solicitud de oposición proviene de quienes representan las dos terceras partes de los derechos herenciales: los de Rogelio y Félix María Sánchez.

Segundo cargo. - Se hace consistir en que el Tribunal falló el incidente de objeciones a la partición por auto del ponente (fs. 3 a 6, c. 16), siendo así que, según lo dijo la Corte en sentencia de 19 de septiembre de 1957, la providencia de esta especie debe ser proferida en Sala de Decisión (LXXXVI, 2186/87, pág. 71).

Cuando un magistrado dicta por sí solo autos que deben ser de Sala, actúa sin competencia, pretermite las formas procesales, incurriendo en ese doble motivo de nulidad. Igual a la que se produce cuando en una sentencia faltan firmas o votos de magistrados que han debido concurrir a dictarla. Si la competencia la tiene la Sala de Decisión, no puede tenerla el magistrado ponente solo.

Por estos motivos debe decretarse la nulidad del juicio a partir del mencionado auto de 7 de marzo de 1962, inclusive.

Tercer cargo. - Se encuentra planteado así:

Que en la providencia por la cual se fallaron las objeciones a la partición, el Tribunal, lamentando que el incidente sobre suspensión de la partición promovido por Rogelio Sánchez y Julia Sánchez de Sánchez no hubiese prosperado, consideró que de haberse acreditado en su oportunidad que doña Julia había promovido juicio sobre exclusión de los bienes inventariados, habría prosperado posiblemente el pedimento de suspensión de la partición, lo cual habría sido muy conveniente para definir antes de la adjudicación qué bienes debían figurar en los inventarios y cuáles estimarse por su valor en 18 de julio de 1946, de conformidad con la sentencia de la Corte de 15 de marzo de 1955. Pero el Tribunal insistió en las razones de su providencia de 16 de enero de 1959, según la cual ellas "se reducen a la falta de prueba sobre la existencia del juicio de exclusión de bienes, pues dicha prueba no se adujo oportunamente".

Esta conclusión, que por contenerse en la providencia que decidió las objeciones a la partición, se entiende incluída en la sentencia aprobatoria de la misma, implica un error de derecho sobre la apreciación de la oportunidad legal para allegar la prueba de la existencia del juicio ordinario y del valor que tenía el certificado que se adujo sobre tal juicio, así como del certificado acerca de que el primero se dejó de agregar oportunamente por un descuido del secretario del *a quo*, si bien había sido expedido con tal fin oportunamente.

En relación con este orden de ideas, la censura razona así:

Que de los artículos 963 y 967 del Código Judicial, únicos relativos a la suspensión de la partición, el segundo se refiere al caso de la venta en pública subasta de determinados bienes, y el primero a "las causas señaladas en la ley sustantiva", sin que éste diga nada sobre el trámite. Sin embargo, el Tribunal estimó que en el caso del inciso 2º del artículo 1398 del C. Civ., esto es en la ocurrencia de que exista un litigio sobre parte considerable de la masa partible y por tal motivo pidan la suspensión de la partición los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la misma masa, se requiere el trámite de un incidente para resolver el punto, y ese error llevó al sentenciador a aplicar indebidamente, violándolos, los artículos 391, 392, 393, 394 y 395 del C. J., al desestimar por dos veces el pedido de suspensión de la partición, cuando era procedente, con lo cual infringió también, por falta de aplicación, el referido artículo 1398, inc. 2º del C. Civ.

Siendo así que la ley no exige el trámite de incidente o articulación, debió tenerse en cuenta por el sentenciador la prueba de la existencia del juicio ordinario de exclusión de bienes, para decretar la suspensión de la partición, "sin que importara que hubiera llegado al Tribunal en la alzada contra el primer auto del *a quo* que la negó, porque con un certificado del secretario del mismo juez se probó que había sido presentado desde mucho antes para ser agregado al juicio y que fue por un olvido o descuido de ese funcionario que no se había incorporado en el expediente". Entonces, el Tribunal no solamente quebrantó en la forma indicada los ya mencionados textos del Código Judicial, sino que incurrió en error de derecho en la apreciación de los dos certificados, al no darles mérito alguno, con violación del artículo 632 del C. J., por falta de aplicación, y del 636 ibidem, por aplicación indebida, ya que tal prueba podía aducirse sin necesidad de ser solicitada en ningún térmi-

no probatorio. "Esa violación de derecho en la apreciación de la prueba, condujo al Tribunal a violar indirectamente el artículo 1388 del C. C., inciso 2º, al no decretar la suspensión, como también a violar el artículo 1394 del C. C., Ords. 7º y 8º, que consagra el principio de la igualdad, semejanza y equivalencia de los lotes asignados y que excluye la arbitrariedad, la injusticia, que resulta de adjudicar solo a uno o a varios de los adjudicatarios los bienes sometidos a pleito de exclusión a favor de terceros o de alguno de los mismos adjudicatarios; a violar por falta de aplicación, como en los casos anteriores, el artículo 473 del C. J. que consagra el principio sustancial de la cosa juzgada, puesto que en la sentencia de la Corte, que dirimió el ordinario, se dispuso excluir de la restitución los bienes ya enajenados por los demandados, sentencia que vino a resultar quebrantada y que como prueba dejó de ser estimada en ese punto por el Tribunal, con error de derecho, por violación del artículo 632 del C. J.; a violar, también por falta de aplicación parcial, en cuanto se refieren los derechos herenciales de mis clientes, los artículos 18 y 23 de la Ley 45 de 1936, en cuanto al tenor de ésto debía adjudicarse a Rogelio Sánchez, por su derecho hereneial y por el de su hermano Félix María, las dos terceras partes reales y efectivas de la herencia, mientras que al adjudicárseles bienes no herenciales y de propiedad de terceros o de ellos mismos, se les vino en realidad a adjudicar mucho menos de lo que correspondía (o a la cesionaria de primero, Julia Sánchez de Sánchez, si se reconoce valor a su título)".

Los mismos yerros o infracciones se produjeron al negarse por segunda vez la suspensión de la partición, en auto que declaró inadmisible el incidente y que debe entenderse tácitamente reproducido en la providencia que falló las objeciones y, por tanto, en la sentencia aprobatoria de la partición. Si no se trataba de incidente, la negativa del primer auto no impedía que se planteara de nuevo el punto, cuando ya existía en autos el certificado sobre existencia del juicio ordinario promovido por quien, como cesionaria de los derechos que podían quedarle como resultado del ordinario a Rogelio Sánchez, era titular del interés que la legitimaba para impetrar la suspensión. Aparece así "protuberante la indebida aplicación del artículo 394 del C. J., error de derecho que condujo al Tribunal a violar los otros textos del mismo código y del Civil, que se dejaron citados y por las razones expuestas".

Cuarto cargo. - Arguméntase que, en las objeciones primera y segunda, se alegó la falta de equivalencia y de proporcionalidad, y el desequilibrio injusto, entre las hijuelas formadas, en cuanto se adjudicó a los recurrentes únicamente todos los bienes que son de terceros, conforme a escrituras registradas que obran en juicio y que no han sido invalidadas; y que "También se alegó que así se desconocía el ordinal 5º de la parte resolutiva del fallo de la Corte que desató el ordinario, en el cual se limitó la restitución de bienes y la invalidación del título de los demandados, a lo que no hubiera sido vendido por éstos a terceros".

Considera la censura que el Tribunal, al rechazar estas dos objeciones, "incurrió en error de derecho en la estimación del valor probatorio de la sentencia (violación del art. 632 del C. J. por falta de aplicación) y de las escrituras y certificados de la oficina de registro, sobre esas ventas, aquellas distinguidas con los números 205 del 21 de agosto de 1951 de la Notaría de Natagaima, 204 del 21 de agosto de 1951 de la misma notaría, 196 del 16 de agosto de 1951 de la misma notaría, 162 del 17 de julio de 1951 de la misma notaría; 263 del 18 de septiembre de 1952 de la misma notaría, 162 del 17 de julio de 1951 de la misma notaría, 264 del 18 de septiembre de 1952 de la misma notaría, 131 del 19 de junio de 1951 de la misma notaría, 923 del 2 de octubre de 1952 de la notaría primera de Neiva y 164 del 17 de julio de 1951 de la notaría de Natagaima. Los certificados obran a folios 9 y ss. del C. número 15, sobre objeciones, y las escrituras a fls. 72 y ss. del C. 19. También se dejaron de apreciar, con igual error de derecho, las escrituras 457 del 12 de noviembre de 1938, de la notaría 2ª de Neiva y 351 de 28 de junio de 1936 de la misma notaría y 540 de 26 de diciembre de 1952 de la notaría del Guamo que obran en el C. número 9. Al dejar de apreciar en su justo valor esas escrituras, el Tribunal violó el artículo 630 del C. J. y el 632 del mismo código.

"Además, al incurrir en esos errores y dejar de reconocerle valor de plena prueba a esas escrituras y certificados, en cuanto acreditaban que esos bienes no estaban en cabeza de la sucesión de José Buenaventura Sánchez, y a la sentencia de la Corte en cuanto excluía esos bienes de las nulidades y restituciones en ella ordenadas, el Tribunal fue llevado a violar el artículo 1388, inciso 2º, del C. C., porque ha debido negarle su aprobación a la partición y en su lugar ordenar suspenderla, y los artículos

1394, ord. 8º, 7º del C. C. en cuanto se rompe de manera ostensible, arbitraria, inicua, la proporcionalidad y la igualdad entre las hijuelas, que tal norma ordena respetar; el artículo 473 del C. J. en cuanto no respetó la cosa juzgada contenida en aquella sentencia; por último, parcialmente los artículos 18 y 23 de la Ley 45 de 1936 porque no se adjudicó realmente a mis clientes lo que les correspondía al tenor de esos textos legales; todos lo cuales resultaron violados por falta de aplicación, total o parcial.

"Y no cabe decir que el partidor debía sujetarse a los inventarios y el Tribunal respetar ese principio, porque, en último caso, debió adjudicarse proporcionalmente a TODOS los adjudicatarios esos bienes mal inventariados, si no se suspendía la partición, pero de ninguna manera sólo a mis clientes. Al no hacerlo así, se violaron las normas legales citadas, por los mismos motivos, violaciones que quedaron consumadas con la sentencia que aprobó la partición. . .

"Pero la adjudicación exclusiva de esos bienes que no son de la sucesión y que se relacionan en las objeciones 1ª y 2ª, a Rogelio Sánchez, lesionó gravemente los derechos herenciales de éste, contrarió la cosa juzgada que se contiene en la sentencia de la Corte dictada en el ordinario que motivó estos inventarios adicionales y convirtió el trabajo en inequitativo, injusto, absurdo, arbitrario e ilegal.

"Esa situación es tan patente, que hay también un error manifiesto de hecho al no deducirla de la prueba aportada (escrituras, certificados y sentencia), error que condujo igualmente al Tribunal a las violaciones de normas sustanciales que se dejaron determinadas atrás, en forma indirecta, con preeminencia del error de derecho que se puntualizó".

Quinto cargo. - Considerando que, en la sentencia de la Corte que precedió a la segunda etapa del juicio de sucesión de José Buenaventura Sánchez, se dejó válida la enajenación de bienes que en él se contiene hasta el valor de $ 2.000.00 en relación con el que en esa fecha tenían tales bienes, se alega que a partir de la ejecutoria de aquella sentencia existe una comunidad sobre los mismos inmuebles, en la cual Rogelio y Félix María Sánchez (luego el primero únicamente, como heredero del segundo), quedaron con un derecho indiviso de $ 2.000.00 y la sucesión de José Buenaventura Sánchez con otro derecho indiviso equivalente al saldo del precio de tales inmuebles, precio señalado por los peritos que dictaminaron dentro del ordinario, según lo dispuesto en la misma sentencia. Pero que no obstante ello, en el dicho juicio de sucesión se inventariaron todos los bienes, para luego adjudicarlos a los herederos, sin deducir la cuota de los $ 2.000.00 pertenecientes a Rogelio Sánchez, hoy su cesionaria Julia Sánchez de Sánchez. Y que, bajo este punto de vista, la sentencia recurrida incide en error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba de la sentencia de la Corte y la cosa juzgada contenida en ella, al no ver que allí se conservó la validez de las enajenaciones hasta $ 2.000.00, en relación con el mencionado avalúo, lo mismo que al no hacer cuenta de éste en tal punto. "Ese error condujo al Tribunal a violar indirectamente el ordinal 8º del artículo 1394 del C. C., al romper así la equivalencia, la equidad y la proporcionalidad en las hijuelas; el artículo 473 del C. J. al no respetar la cosa juzgada y desconocer ese derecho de propiedad; los artículos 2287 a 2301 del C. C., por cuanto se desconoce el valor y los efectos del contrato de renta vitalicia en cuanto a esos primeros $ 2.000.00; los artículos 18 y 23 de la Ley 45 de 1936, porque no se adjudicó a mis clientes en forma completa su cuota herencial, al asignarles parte de ella en bienes de su propiedad".

Sexto cargo. - Se alega que para el Tribunal, según su auto de los folios 3 y 4 del cuaderno 14, que confirmó el del inferior sobre las dudas del partidor, por las escrituras números 549 y 540 de diciembre de 1952, de la Notaría del Guamo, Julia Sánchez de Sánchez sólo es cesionaria de los derechos litigiosos en el ordinario fallado por la Corte Suprema, pero que tales escrituras nada tienen que ver con los derechos herenciales de Rogelio Sánchez. Sin embargo, como por virtud de esa sentencia de la Corte, los bienes objeto de tal juicio volvieron a la sucesión ilíquida y como al tradente Rogelio Sánchez por sí y como sucesor de Félix María Sánchez le quedaron ciertos derechos herenciales radicados en los mismos bienes cuya restitución se ordenó en la misma sentencia, además de derechos reconocidos en ésta en cuanto a mejoras, y del derecho indiviso de $ 2.000.00 en el dominio de cada uno de tales bienes, de todo ello se concluye que pertenecen a la cesionaria Julia Sánchez de Sánchez, a título de venta, todos esos derechos y, por lo tanto, los que en esta sucesión adicional le podían corresponder a Rogelio.

"Hay, pues, un claro y manifiesto error de hecho en la interpretación de las mencionadas escrituras, por parte del Tribunal, que lo llevó a desconocer indebidamente el auto del *a quo* que

inicialmente reconoció a doña Julia como cesionaria de aquellos derechos (C. J° II, 96 v.) y a violar indirectamente por falta de aplicación los artículos 1967 y 1968 del C. C. sobre cesión de derechos hereneiales y los artículos 1969 y 1970 del mismo código sobre cesión de derechos litigiosos, lo mismo que los artículos 1849, 1857, 1866, 757, 783 y 1401 del citado código. Igualmente, violó el Tribunal por falta de aplicación e indirectamente, el artículo 1377 del C. C. en cuanto ordena reconocer al cesionario del derecho hereneial la cuota que le correspondía al cedente y el artículo 1390 ibidem, que ordena al partidor cumplir la regla contenida en el anterior, lo mismo que el 1394 de ese código en cuanto le es aplicable al cesionario, en lugar del heredero cedente

"El Tribunal ha debido negarle su aprobación a la partición y ordenar que la hijuela hecha a Rogelio Sánchez se hiciera a Julia Sánchez de Sánchez, en razón de las mentadas escrituras y normas legales, por haber concurrido ésta al juicio y haber pedido su reconocimiento como cesionaria de aquél".

Séptimo cargo. - Se ofrece así: Que, al no aceptar el sentenciador las objeciones quinta y sexta formuladas contra la partición, quebrantó directamente los artículos 2338 ordinal 4º del C. Civ. y 1142 del C. J. en cuanto dejó de aplicarlos, al no exigir que se formara una hijuela de gastos con el fin de sacarla a remate y pagar con su producto a quien los hizo, y distribuir el remanente entre los asignatarios.

Quien paga los gastos se convierte en acreedor de los otros herederos, pero no del causante, por lo cual es inaplicable el artículo 1343 del C. C., que resulta violado por aplicación indebida, así como infringidos por falta de aplicación los artículos 1390 y 1432 ibidem.

Si el Tribunal creyó que esas objeciones no eran materia de la alzada y por ello se abstuvo de resolver sobre las mismas, incurrió en un error equivalente a "haber desconocido el derecho del objetante, con iguales consecuencias jurídicas, pues el *a quo* había accedido apenas parcialmente a las objeciones y había negado lo sustancial, a saber, que no podía formarse hijuela de gastos a favor del Sr. Paulino Pascuas. Por tanto, la apelación comprendía los aspectos desfavorables de esa decisión, en cuanto a esas dos objeciones... Tampoco tuvo en cuenta el *a quo* y por tanto el Tribunal, que la objeción 6ª estaba sin resolver, e incurrió en error manifiesto de hecho al no tener en cuenta los comprobantes que se citan en ella, conforme a los cuales los gastos de Pacuas fueron menores. Por último, al adjudicarle a Pascuas la hijuela de gastos, en bienes cuyo valor comercial puede ser y es superior al fijado en la diligencia de inventarios y avalúos, se benefició a éste, en perjuicio de los otros herederos o cesionarios, incurriéndose en arbitrariedad, en injusticia, en desigualdad, en la formación de las hijuelas, con violación de los artículos 1394, ordinales 7 y 8 del C. C., y 18 y 23 de la Ley 45 de 1936, puesto que resulta disminuida la cuota realmente adjudicada a mis clientes y que los dos últimos textos le otorgan".

Tal la forma y contenido de la demanda de casación.

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. - Por requerirlo el orden lógico, se atiende ante todo al examen del *SEGUNDO* de los cargos relativos a la causal sexta, en cuanto toca con un acto procesal sobreviniente a la oportunidad en que pudieron interponerse objeciones a la partición y el cual cargo se hace consistir en que la providencia del Tribunal de fecha 7 de marzo de 1962, corriente en los folios 3 a 6 del cuaderno 16, por la que se confirmó el auto del juez *a quo* que decidió el incidente de objeciones a la partición, en el sentido de declarar probada la objeción sexta e infundadas las demás (fs 21v. a 23, c. 15), debió ser dictada por la Sala de Decisión, y no únicamente por el magistrado sustanciador, ocasionándose así una nulidad procesal por falta de competencia del último para actuar como lo hizo, nulidad que afecta el juicio en todo lo subsiguiente.

2. - Aunque el impugnante cita en apoyo de su reparo cierta tesis de la Corte contenida en sentencia de 19 de septiembre de 1957 (LXXXVI, 2186/87, págs. 72 a 75), es lo cierto que esa doctrina, reducida al ámbito del negocio en que fue consignada, no estaba llamada a prosperar dentro de la preceptiva del Código de Procedimiento Civil, por las siguientes razones:

3. - Si el único proveimiento que en el juicio de sucesión tiene el carácter de sentencia es el aprobatorio de la partición (artículos 967, 969 y 519 del C. J.), quiere decir que todas las demás providencias que en el mismo juicio recaigan son apenas autos interlocutorios o de sustanciación, según la naturaleza de los mismos.

Entonces, el auto del Tribunal que confirma el del *a quo*, decisorio del incidente de objeciones en el sentido de acoger cualquiera de éstas, es un auto interlocutorio.

4. - Ahora bien: Tratándose de la expedición por el Tribunal, de los autos interlocutorios, la regla general, sin perjuicio de las excepciones consagradas por la ley, era la de que esa función incumbía unipersonalmente al magistrado sustanciador del negocio. Tal regla estaba sentada en la primera parte del artículo 84 *ibidem*, al preceptuar que "en los asuntos que deben ser fallados en Sala de Decisión, el magistrado a quien se reparte se llama ponente, y a él toca proferir los autos interlocutorios y de sustanciación. . ."; y la confirmaba el artículo 503 ibidem, que, en relación con el 502 atinente a la apelación de los autos interlocutorios, disponía que "si el superior es un Tribunal, entiende en la apelación por medio del magistrado a quien le toque en reparto, salvo las excepciones especiales establecidas en este código".

5. - En la esfera de la legislación procesal vigente cuando se tramitó el negocio, no existe texto alguno que dispusiera que en la apelación del auto decisorio del incidente de objeciones a la partición, en que se aceptase alguna de éstas, el pronunciamiento del Tribunal confirmatorio del recurrido debía ser dictado en Sala de Decisión. Ello quiere decir que, en tal caso, la expedición del auto del superior no escapaba a la regla general en cuya virtud competía dictar esa providencia al magistrado a quien le hubiera correspondido conocer del recurso.

6. - Y esta conclusión la confirma el artículo 966 ibidem, que, al señalar ciertos autos relacionados con el trámite de la partición, para preceptuar que la apelación de los mismos ante un tribunal debe decidirse en Sala de Decisión, no incluyó entre tales autos el declaratorio de objeciones fundadas. En efecto, reza este artículo que "Las apelaciones de los autos que se dicten de conformidad con lo dispuesto en los artículos 954, 960, 961, 963 y 967 se sustancian por el superior, como de interlocutorios, y se fallan en Sala de Decisión, si éste es un tribunal".

Ni cabría argüir que el auto declaratorio de objeciones fundadas, tenía por su naturaleza misma que colocarse al lado de los de que trata el artículo 966 para efectos de su apelación, porque cualquiera que sea la importancia que pudiera atribuírsele, es lo cierto que, no obstante ello, el legislador no lo sometió a aquella disciplina especial. Por lo que, siendo su naturaleza material la de un auto interlocutorio, debía seguir el régimen general establecido por la ley para la apelación de éstos. Por simples motivos de conveniencia, no podría, pues, extenderse el precepto de excepción a un caso no excluido por el legislador de la regla general, lo que sería contrario a derecho, no solamente porque el sistema de aplicación de un texto por analogía no cabe allí en donde impera otro, expreso, regulador de la materia, sino porque las normas de excepción, como era entonces la del artículo 966, dado su carácter restrictivo, no admiten empleo más allá de sus propios términos, a mérito del principio "*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*".

7. - Menos aun sí, como en la especie del pleito, la interpretación extensiva del artículo 966 hubiera implicado la nulidad de lo actuado, contrariando otro principio capital en la materia, cual es el de que las nulidades procedimentales no se infieren por analogía, sino que los motivos en que ella se fundan deben encontrarse expresamente establecidos en la ley.

En razón de todo lo expuesto, precisa concluir que, en cuanto a la forma de su expedición, el auto del Tribunal Superior de Neiva, de fecha 7 de marzo de 1962, por el cual se confirmó el del juez *a quo* que decidió el incidente de objeciones a la partición, fue bien dictado por el magistrado sustanciador en sala unitaria, conforme a la ley entonces vigente; que, por lo tanto, esa providencia no adolece de nulidad procesal alguna; y que, en consecuencia, es inadmisible el cargo que en casación se ha intentado fundar en aquella circunstancia.

8. - Si la Corte hubiera de entrar en el estudio de los motivos mismos en que dice fundarse el *PRIMERO* de los cargos planteados en relación con la causal sexta, tendría que observar lo siguiente:

Que "Son *incidentes* las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio y que requieren una decisión especial" (artículo 391 C. J.);

que, el artículo 394 ibidem, al disponer que "El juez debe desechar de plano los incidentes que no procedan según el caso, conforme a la ley, cuando se promuevan por la misma causa después de haber sido recibidos en otra ocasión", se está refiriendo a toda clase de incidentes y no sólo a aquéllos que por disposiciones especiales deban sustanciarse en forma de articulación;

que, en el caso del juicio, el pedimento de Rogelio y Julia Sánchez sobre suspensión de la par-

tición por causa de haber promovido la última un juicio ordinario en que alega derecho exclusivo sobre los bienes mortuoriales, fue denegado por el juez en auto que, en el recurso de apelación interpuesto por parte de los mismos, confirmó el Tribunal por el suyo de 16 de enero de 1959, mantenido en pie por el de fecha 4 de febrero del mismo año (fs. 11v. a 13 y 17 a 18v, c. 6). Fundáronse tales negativas en la consideración de que la prueba no fue aducida oportunamente. Luego, en un segundo incidente de suspensión, tramitado en forma de artículo, despachado negativamente por el juez, el Tribunal, en el recurso de apelación, mediante providencia de 13 de noviembre de 1959, estimando que se trataba del mismo incidente antes resuelto y atendiendo al artículo 394 del C. J., revocó el auto apelado y en su lugar declaró inadmisible el nuevamente propuesto (fs. 5-c. 10). Por último, como con motivo de la demanda de partición presentada por parte del interesado Paulino A. Pascuas, se hubiera vuelto a interponer el pedimento de suspensión de tal trabajo, tramitada esa solicitud en forma de articulación, se declaró inadmisible el incidente por encontrarse fundado en la misma causa del que fue negado primeramente. Y esta última resolución tomada por el juez en auto de 16 de mayo de 1960 quedó ejecutoriada (fs. 26 a 28 y 30v. c. 11);

que si en este último auto, por el cual se declaró inadmisible el incidente de oposición a la partición, no se ordenó expresamente hacer ésta, esa omisión de forma no colocaría tal providencia por fuera del artículo 955 del C. J., quebrantándolo, como quiera que este texto, para la hipótesis de oposición, apenas dice que "fallado el incidente en el sentido en que se haga la partición, el Juez previene a los herederos que nombren partidor dentro de cinco días". Es decir, que en la definición del incidente, adversa en una u otra forma al opositor, bastaría con que la providencia entrañase el sentido de que se haga la partición, para que la norma se tenga por servida. Así, en el caso de la litis, el auto de 16 de mayo de 1960 que declaró inadmisible el incidente de oposición, en relación con la demanda de partición de Paulino A. Pascuas, no podía tener otro sentido que el de que se procediera a ésta. Por ello, sobrevino el auto del juzgado de fecha 14 de noviembre de 1960 en que se ordenó requerir a las partes para que dentro del término de cinco días hiciesen la designación de partidor (f. 229 c. 1), y luego, por la omisión de las partes en hacer tal nombramiento, el auto de 23 de noviembre de 1960, por el cual el juez designó el partidor y le señaló el término de sesenta días "para que efectúe el trabajo encomendado" (f. 231 ibidem). Por último, presentada la partición y corrida en traslado a los interesados mediante auto de 17 de agosto de 1961 (f. 244v. ibid.) fue objetada por el mandatario de Rogelio Sánchez Juanias, en la forma al principio vista. El trámite de la partición se cumplió, pues, tal y como si hubiese sido procedido de un decreto expreso y formal, sin que el derecho de las partes para intervenir en ese trámite y ejercer en éste la defensa de sus intereses hubiera sufrido recorte alguno procesal;

que lo expuesto en los precedentes considerandos muestra que, en las etapas procesales a que el cargo se refiere, no se incurrió en defecto alguno generativo de nulidad a la luz del ordinal 1º del artículo 448 del C. J.; y que si se diera el supuesto de haberse incidido en irregularidades de otro orden, no golpeadas por el derecho con la sanción de la nulidad, mal podría hacérseles sufrir ésta, porque, como bien lo tiene consagrado la doctrina, las causales de nulidad procedimental, determinadas expresamente y en forma taxativa por los artículos 448 y siguientes del código de la materia, constituyen reglas estrictas, no susceptibles de extensión al interpretarlas, ni del criterio de analogía en su aplicación (casa. 7 septiembre 1934, XLI bis, 1895B, pág. 132; 22 noviembre 1954, LXXIX, 2149, pág. 103); y

que así las cosas, menos pudo en la esfera superior ser vulnerado el artículo 26 de la Carta, porque, según lo tiene dicho la Corte, "la violación del artículo 26 de la Constitución puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que *legalmente* no le corresponde, es decir, cuando se incurra en trámite irregular, pero no cuando en el trámite seguido se hayan pretermitido formalidades propias de él, ya que en tal caso deben operar los remedios que el legislador ha organizado y que van desde la nulidad insanable hasta la simple irregularidad que se sanea con la ejecutoria de la providencia correspondiente, pasando por la nulidad saneable y la inhibitoria para proferir fallo de mérito" (cas. 18 noviembre 1959, XCI, 2217/18/19, pág. 831).

9. - Pero, ante todo y predominantemente sobre las razones antedichas, hay una relacionada con la falta de un presupuesto de la casación y suficiente por sí sola para desestimar el primero de los cargos propuestos en el libelo acusatorio. Esa razón no es otra que la de que, aun en la ya descartada hipótesis de que la censura en sí fuese fun-

dada, ésta no podría ser tomada en cuenta en el recurso extraordinario, por no haber sido materia de objeción alguna contra la partición. En efecto, las circunstancias en que el ataque en casación intenta fundarse fueron preexistentes a la partición de que se corrió traslado a las partes. Ello envolvía la necesidad de que los interesados en impugnar tal trabajo con fundamento en semejantes circunstancias, lo hubieran hecho en la etapa de las objeciones para que allí, en esa oportunidad, se hubiera producido sobre el punto la cuestión contenciosa, que legitimase a tales interesados para poder deducir en el recurso extraordinario el cargo relacionado con esa materia.

10. - "Lo que se predica —dice la doctrina imperante— aun para el caso de que, en juicios de las especies de que aquí se trata, se pretenda el acceso a la casación por alguna de las causales contempladas en los ordinales 2º a 7º del artículo 519, porque de ellas no podría hacerse mérito ante la Corte en razón del recurso extraordinario, sino sobre la base de que en el juicio en que se alegue haberse cometido alguno de los errores sobre que estas causales versan, la partición haya sido materia de objeciones o tachas formalmente deducidas. Lo contrario equivaldría a traer ante la Corte cuestiones propias de incidentes extraños al recurso extraordinario. Y sin que pueda argumentarse sobre la admisibilidad en casación del medio nuevo por consideraciones de orden público, pues todavía en este ámbito la pertinencia del recurso extraordinario, por fuerza de su propia índole, supone en todo caso la presencia del *substrato contencioso*. Se reafirma así la jurisprudencia uniforme y constante sostenida por la Corte en la materia de que se trata, no obstante el proveído de esta Sala en sentido distinto, de fecha 7 de septiembre de 1950, visible en el tomo LXVIII de la Gaceta Judicial, número 2087-2088, páginas 24 y 25, proveído ese cuya doctrina queda recogida en los términos de la presente decisión" (Prov. 5 julio 1962, divisorio Julio Gutiérrez contra María del C. Gutiérrez y otras, aun no publicada en la Gaceta Judicial).

Si, pues, la materia informativa del cargo que se contempla no fue tema de objeción en la instancia, mal podría ahora ese reparo ser atendido en casación.

11. - Otro tanto debe decirse respecto de los cargos *TERCERO*, *QUINTO* y *SEXTO*, que no corresponden a objeción alguna de las formuladas en instancia, como lo demuestra el simple cotejo de unas y otros.

Pero, si así no fuera, la inadmisibilidad de estos cargos la impondrían las consideraciones que a continuación se hacen para rechazar las DEMAS censuras del libelo de casación:

12. Refiriéndose al artículo 519, ord. 2º del C. J. —sustituido hoy por el artículo 50 del Decreto-Ley 528 de 1964, sin que por ello cambie la doctrina que se verá en seguida, la que antes bien sigue animando en el punto la preceptiva de este último texto—, tiene dicho la Corte: "... cuando el artículo 519, ordinal 2º, incluye, entre las sentencias sujetas al recurso, 'las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesiones, o de liquidación de sociedades disueltas', se está refiriendo a aquellas de estas sentencias que impliquen la culminación de un debate contencioso, que para serlo ha de versar, ya sobre objeciones propuestas por las partes (art. 964 C. J.), ya sobre reparos formulados *ex officio* por el juez en función tuitiva de los intereses de incapaces (art. 1399 C. Civ.).—Por lo mismo, cualquiera que sea el que se considere de estos supuestos, será necesario que por el respectivo interesado en recurrir en casación contra la sentencia del Tribunal aprobatoria de la partición, la materia contenciosa se haya fijado dentro del juicio, agotando jerárquicamente los posibles medios de debate en instancia, bien contra la sentencia que rechazando las objeciones aprobó el trabajo de partición, bien contra el auto en que, por acogerse las objeciones de alguna de las partes o formularse reparos por el propio juzgador en guarda de los derechos de incapaces, se desechó el trabajo presentado y se ordenó efectuar uno nuevo" (providencia de 5 de julio 1962 atrás citada).

13.—Quiere decir que no basta que en el juicio sucesorio o de partición se hayan propuesto oportunamente objeciones al trabajo partitivo, para que por ese solo hecho haya de franquearse el paso al recurso de casación, sino que es preciso, como lo predica la doctrina, que se *hayan agotado jerárquicamente los posibles medios de debate en instancia*, bien contra la sentencia que rechazando las objeciones aprobó la partición, bien contra el auto en que, por acogerse una o más de ellas, se desechó el trabajo presentado y se ordenó efectuar uno nuevo.

Tal necesidad de que en la instancia se hayan agotado los posibles medios de debate, la impone la lógica procesal, el sentido mismo de la actuación de las partes, porque si éstas no interpusieron contra la providencia decisoria de las objeciones la totalidad de los recursos de

que podían hacer uso conforme a derecho, eso importa tanto como haberse conformado con ella, desinteresándose de impugnarla, ocasionando su ejecutoria y dando así lugar, dentro del juicio, a la preclusión de todo otro recurso posterior.

14.—Ahora bien: en este negocio, el Juez del Circuito desató el incidente de objeciones a la partición, mediante auto de 22 de enero de 1962 en que dispuso lo siguiente: "En razón de lo expuesto, el Juzgado declara probada la OBJECION SEXTA y ordena al partidor rehacer la cuenta habida consideración de las observaciones consignadas al respecto, es decir, adjudicando a Rogelio Sánchez J. lo necesario para reembolsarle los gastos hechos según comprobante que obra en el expediente.—Declárense infundadas las demás objeciones".

Y en la apelación interpuesta contra este auto por quien era mandatario de los Sánchez, pero que sólo invocó en el caso su carácter de apoderado de Rogelio Sánchez Juanías, el Tribunal Superior de Neiva, en auto de 7 de marzo de 1962, proferido por el magistrado sustanciador, hechas las consideraciones que allí aparecen, decidió así: "De cuanto se deja expuesto se concluye que debe confirmarse la providencia objeto de la alzada.—En atención a las consideraciones precedentes, el Tribunal confirma el auto apelado en lo que es materia del recurso".

15.—Como se vio al despachar el cargo primero, el auto del Tribunal que en grado de apelación confirmó la providencia del inferior decisoria de las objeciones, fue formalmente bien dictado en sala unitaria. Ese auto, como interlocutorio que es, daba lugar al recurso de reposición, conforme al artículo 488 del C. J. Pero este último recurso —que completaba el elenco de medios de debate en la línea de la providencia apelada— no fue interpuesto por el apelante, quien, al abstenerse de hacerlo, dejando ejecutoriar el auto del Tribunal, canceló la cuestión contenciosa originada en las objeciones, así que el auto del juez *a quo* que las falló, confirmado por el del Tribunal, vino definitivamente a ser ley de la partición.

16.—Cristalizada en tal forma la situación del negocio, es evidente que el recurso extraordinario contra la sentencia de segundo grado aprobatoria de la partición reformada, no podía girar sino sobre el desconocimiento que en este segundo trabajo se hubiese hecho de la providencia judicial que ordenó reformar el primero con sujeción a la objeción acogida. Pero, ciertamente no encuentra la Corte que el libelo impugnatorio contenga acusación alguna en tal sentido. Y entonces el recurso no está llamado a prosperar.

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 catorce (14) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INSTRUMENTO PUBLICO

Las firmas de quienes lo otorgaron son elementos sustanciales para su validez.—Nulidad por ilegitimidad de la personería.—Quién puede alegarla en casación.

1.—La ilegitimidad de la personería de las partes o en quien figura como su apoderado o representante, no puede alegarse en casación como motivo de nulidad, sino por la parte indebidamente representada en el juicio, como que esa ilegitimidad ataca una de las bases esenciales del derecho de defensa y se refiere: "Al presupuesto procesal de la capacidad para comparecer en juicio y no a la personería sustantiva que se confunde con la legitimación para obrar. La ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio", ha dicho la Corte. (Hernando Morales.—"Curso de Derecho Procesal Civil.—Parte General").

2.—Si el tal "proyecto de escritura", como lo denomina el recurrente, no fue firmado por las partes que concurrían al acto, no puede dársele al tal proyecto la categoría de instrumento público o auténtico, por falta precisamente, de un elemento sustancial para la validez del instrumento público: las firmas de las partes que lo hayan otorgado. Porque como lo dice el artículo 1759 del Código Civil: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes". Conforme con este criterio el artículo 333 de la Ley 57 de 1887 establece: "Que no se anularán los instrumentos públicos por la omisión de las formalidades de que habla el artículo 2595 del código civil adoptado, cuando sean conocidos el notario ante quien se otorgaron, las personas que intervinieron como otorgantes, aceptantes y testigos, y sean suyas las firmas aunque no sean enteras". Luego las firmas de los otorgantes son elementos sustanciales para la validez del instrumento público, y no puede afirmarse que se trata de una prueba de este carácter cuando adolece de vicios que afectan totalmente su vida jurídica.

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

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Se desata el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha cinco (5) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964)

ANTECEDENTES

Ante el juzgado del circuito de Ipiales Segundo Ortega R. con fundamento en lo dispuesto en los artículos 6º y siguientes de la Ley 120 de 1928, inició demanda especial sobre declaratoria de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio, para que con citación y audiencia del Ministerio Público se declarara lo siguiente:

"1º—Que pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Segundo Ortega R., mayor de edad y vecino del Municipio de Pupiales, por haberlas adquirido por el *modo* de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, las fincas rurales denominadas "Santa Lucía Grande" y "Santa Lucía Chiquito", ubicadas en el corregimiento de José María Hernández, del Municipio de Pupiales, por los linderos descritos en el libelo de demanda, junto con las casas de habitación en ellas existentes y demás anexidades.

"2º—Que la sentencia que ponga fin a este juicio para los efectos contemplados en el artículo 2534 del C. C. se inscriba en la oficina de registro de II. PP. y PP. de este circuito.

Hizo una relación de hechos que se sintetizan así:

Que desde el año de 1910 hasta la fecha de la demanda (5 de noviembre de 1958), Segundo Ortega B. ha tenido con ánimo de señor y dueño las fincas rurales de agricultura y ganadería, denominadas "Santa Lucía Grande" y "Santa Lucía Chiquito", de acuerdo con la alinderación que se fija en la demanda.

Que durante más de cuarenta años Segundo Ortega B., ha ejecutado sobre los predios señalados, actos constitutivos típicamente del hecho de la posesión material, sin el consentimiento de nadie y sin que durante todo aquel tiempo hubiera sido perturbado en su ejercicio, encontrándose en estas condiciones desde el año de 1910, lapso en que ha sido considerado por todo el vecindario de la región en que se hallan ubicados los inmuebles (municipio de Pupiales) como dueño absoluto y único de los predios citados, por cuanto la posesión ha sido pública y a la vista de todo el mundo y que, en consecuencia, existe a su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

LA OPOSICION

Dentro del término legal, Sara Ortega v. de Burgos hablando en representación de la sucesión de Benjamín Ortega Bastidas y para ella, formuló la respectiva demanda de oposición y pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que el fundo Santa Lucía Grande y la mitad del fundo Santa Lucía Chiquito, pertenecen a la sucesión intestada de Benjamín Ortega Bastidas; que la totalidad del fundo Santa Lucía Grande y la mitad de Santa Lucía Chiquito, sean restituídas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo decrete.

Que Segundo Ortega B. actor en la acción de la declaración de pertenencia debe pagar los frutos naturales y civiles determinados legalmente, con la correspondiente condenación en costas.

Como hechos de la oposición se anotan los siguientes:

Los fundos mencionados pertenecieron en dominio pleno a Benjamín Ortega Bastidas "por haberlos adquirido por tradición; que el dicho Ortega Bastidas habitó una de las casas de Santa Lucía Chiquito que le perteneció en comunidad con su hermano Segundo Ortega Bastidas, quien también habitaba otra de las casas".

"Que Benjamín Ortega Bastidas adolecía de enfermedad en los últimos días de su vida, por lo cual la explotación económica de sus fundos la hacía Segundo Ortega Bastidas, pero por cuenta de Benjamín.

"Lo anterior era un hecho tangible. Con fecha 14 de agosto de 1952, habiéndose agravado don Benjamín, su comunero don Segundo, llevó hasta esas propiedades al notario doctor Alfonso Rodríguez L. para que en su presencia don Benjamín le vendiera sus propiedades.

"Esto sucedía en avanzadas horas de la noche y cuando don Benjamín había entrado en coma. En ese momento una sobrina de don Benjamín al darse cuenta de que se trataba de una venta nula y simulada, consiguió del Notario se abstuviera de proceder y fue así como la seudo-escritura número 842 de 14 de agosto de 1952 no se firmó.

"A raíz de esos hechos falleció don Benjamín en estado de soltería y sin dejar descendencia ni ascendencia conocida. Y la señora Sara Ortega vda. de Burgos y su hermano Enrique Ortega B. demandaron la apertura del sucesional intestado, habiendo denunciado o relacionado como bienes de la sucesión los mismos que don Segundo pide que se declaren ser de él por prescripción.

"Esos inmuebles fueron objeto de secuestro preventivo dentro del juicio sucesional, en el cual se practicaron inventarios y se dictó posesión efectiva de la herencia y posteriormente se demandó y se ordenó la partición, juicio que actualmente cursa en el juzgado.

"Como don Segundo Ortega B., obtuviera el levantamiento del secuestro de los bienes, se demandó también y en otro juicio de reivindicación de esos inmuebles para la sucesión de don Benjamín Ortega, juicio que también cursa en el juzgado".

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 120 de 1928 se ordenó seguir con el opositor como demandante el pertinente juicio ordinario.

Segundo Ortega B. contestó la demanda de oposición, se opuso a la declaratoria de dominio en favor de la herencia de Benjamín Ortega B. y a la restitución de los fundos pedidos por la oposición, formulando al mismo tiempo algunas excepciones.

Por escritura pública número 463 de 1º de julio de 1963, notaría primera de Ipiales, Se-

gundo Ortega B. "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 961 del C. C. cede al señor Guillermo Ortega Ch., el derecho litigioso que se concreta en este juicio", para que se considere al cesionario como dueño del derecho litigioso y de los fundos en referencia. El cesionario se hizo parte en el juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 961 del C. C. se notificó esta cesión y Guillermo Ortega Ch. pasó a ocupar en el juicio el lugar que le correspondía a Segundo Ortega".

El Juzgado *a-quo* remató el negocio resolviendo que "pertenecen en dominio pleno y absoluto al señor Segundo Ortega B., mayor de edad natural y vecino de Pupiales, hoy al señor Guillermo Ortega Ch. por habérselas cedido el anterior, quien las adquirió por el modo de prescripción adquisitiva extraordinaria (sic) de dominio, las fincas rurales denominadas "Santa Lucía Grande" y "Santa Lucía Chiquito", ubicadas en el Corregimiento José María Hernández, Municipio de Pupiales y comprendidas por los linderos descritos en este fallo, junto con las de habitación existentes".

Se ordenó la inscripción respectiva de la sentencia y se condenó en costas al opositor.

Apelada esta sentencia para ante el Tribunal Superior de Pasto, esa entidad produjo la sentencia objeto del recurso, y por medio de la cual confirmó lo resuelto por el inferior.

LA SENTENCIA ACUSADA

El fallador estudió en primer término la demanda de oposición "que se orienta por la acción reivindicatoria intentada a favor de la sucesión ilíquida de Benjamín Ortega". Y al hacer el análisis de los presupuestos de la acción reivindicatoria encontró "demostrada la calidad de heredera de la demandante opositora y su legitimación para demandar en favor de la sucesión de su hermano legítimo Benjamín Ortega".

Entra luego a examinar si el dominio de los bienes rurales de que se ha venido hablando estaba radicado en cabeza de Benjamín Ortega Bastidas, observando que la demanda no menciona títulos.

Al folio 23 del cuaderno 2º, sigue el fallador: "Se encuentra la escritura 5440 de 4 de noviembre de 1937 otorgada en la notaría 1ª del Circuito de Pasto. Mediante este instrumento, los señores Enrique, Sara, Dolores, Benjamín y Julio Ortega B. y Concepción Bastidas transfieren a título de venta a Parmênides Villarreal C. "el derecho de dominio que les corresponde sobre acciones y derechos radicados en el fundo 'Santa Lucía'; por la ubicación y linderos que allí se expresan. Dice la escritura en su cláusula 2ª: 'Que dichas acciones y derechos los adquirieron así: Enrique, Sara, Dolores y Benjamín Ortega, por herencia de sus finados padres legítimos Fidel Ortega y Matilde Bastidas; y Julio Ortega y Concepción Bastidas la mitad de sus derechos por herencia de los mismos y la otra mitad por compra hecha a Segundo Ortega B. de las acciones y derechos que le correspondían sobre el mismo fundo en la sucesión de sus padres Fidel Ortega y Matilde Bastidas, según escritura número 88 de 3 de mayo de 1934; y Concepción Bastidas, por compra hecha de las mismas acciones y derechos sobre el mencionado fundo a Juan B. Tapia, según escritura número 539 de 13 de noviembre de 1919, otorgada en la notaría 2ª de este circuito, declarada Concepción Bastidas subrogataria según decisión judicial del Tribunal Superior de Pasto, fechada el 20 de mayo de 1936; comprendiéndose además las acciones y derechos que a los vendedores, a excepción de Concepción Bastidas, les corresponden en la sucesión intestada de su finado hermano legítimo Aquilino Ortega quien falleció sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos'. En la cláusula 5ª dicen los vendedores que transmiten al comprador 'la propiedad plena y absoluta sobre el bien determinado ya que no existen otros herederos que pudieran tener derechos sobre el dicho inmueble, obligándose a responder de su carácter de herederos y subrogataria respectivamente'".

Pasa luego el Tribunal a estudiar la acción de pertenencia propuesta por Segundo Ortega. Hace referencia al artículo 2518 del C. C. y a los artículos 2º y 5º de la Ley 120 de 1928; analiza las pertinentes disposiciones de la Ley 51 de 1943 y dice:

"Un comunero que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común proindiviso o alguna parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva de dominio ordinaria o extraordinaria, según el caso contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente".

Manifiesta el Tribunal que de acuerdo con el artículo 2531 del C. C. "no se requiere título alguno para la prescripción extraordinaria; se presume de derecho la buena fe a no ser que

exista título de mera tenencia, más ni con esta salvedad se presume mala fe, si el que se pretende dueño no prueba que en los últimos treinta años se le reconoció expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción, y si éste, por otra parte, prueba que poseyó sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo". Observa que el artículo 1º de la ley 50 de 1936 redujo a veinte años las prescripciones treintenarias establecidas en el código civil.

Y ya estudiando en concreto la prueba de la posesión ejercitada por Segundo Ortega en relación con los inmuebles que se han mencionado, cita las declaraciones "de Jorge Concha, José Chalacá, Luis Miramú, Constantino Ortiz, Antonio Morán, Juan José Táquez e Ignacio Muñoz, afirmando que de estas declaraciones resulta plena prueba de la posesión del indicado litigante por un tiempo mayor de veinte años".

Y continúa el Tribunal:

"Frente a esta prueba está la serie de testigos de la parte contraria. Son tales testigos Máximo Acosta, Félix Inagán, José Muñoz, Azael Coral, Segundo Guaspud y Modesto Caicedo. Estos hablan de la posesión conjunta de los tres hermanos: Segundo, Benjamín y Dolores Ortegón; lo cual parece que realmente fue así en su origen, y lo confirma el testamento de Matilde Bastidas, presentado en el acto de la inspección ocular. Esta testó en 2 de febrero de 1916. Esta señora mencionó a estos tres entre sus varios hijos, y el fundo Santa Lucía entre sus bienes; este predio lo dejó en común por partes iguales, a sus ocho hijos; de modo que Segundo, Benjamín y Dolores Ortega, fueron ciertamente comuneros en el predio".

"Pero esa situación que describen los testigos en términos generales no está determinada por el tiempo; no indican cuando principió, ni cuando terminó. Si bien algunos de ellos conceptúan que Segundo administraba los predios por cuenta de su hermano Benjamín quien se encontraba imposibilitado, no dan razón alguna de este dicho".

"Sobre esta serie de testimonios prevalece la de la parte que demanda la prescripción, por ser terminantes sus exposiciones y suministrar detalles por los cuales se conoce la razón de sus exposiciones".

En el numeral 4 del fallo, el Tribunal se detiene ampliamente a examinar la causal de nulidad por ilegitimidad de personería en el demandante de la prescripción en virtud de la cesión de derechos efectuada por Segundo Ortega en favor de Guillermo Ortega, mediante la escritura número 463 ya citada, para concluir que la cesión allí verificada se ciñe a una recta interpretación de los respectivos mandatos legales.

En el numeral 5 se deja establecida una serie de proposiciones que es conveniente transcribir, porque ellas son motivo de ataque en el recurso de casación.

"Se alega también que hubo una renuncia tácita de la prescripción o una interrupción natural, al tenor de los artículos 2514 y 2523 del C. J., por el hecho de que Segundo Ortega llevó al notario con el objeto de que Benjamín Ortega le vendiera los predios, de lo que se deduce un reconocimiento del dominio ajeno.

"A fojas 24 vuelta y siguiente está la escritura que no se firmó. Si se admite que tal proyecto de escritura se extendió con conocimiento y aceptación de Segundo Ortega, es equitativo que se la tenga como prueba en todos sus términos; y por consiguiente en los de esta constancia: "... advirtiendo el exponente que por razón de haber recibido ya con anterioridad la mayor parte del valor de la compraventa presente de su comprador; (sic) así mismo el vendedor le ha entregado desde hace mucho tiempo el dominio de los bienes vendidos en lo que respecta a la mitad del fundo "Santa Lucía Chiquito" y a la totalidad del fundo "Santa Lucía Grande" cuya entrega la ratifica una vez más el expresado vendedor".

"Hay en esto un reconocimiento de una posesión anterior de mucho tiempo que con la pretendida escritura quiso legalizarse, y esto respalda más a la primera serie de testigos; pero no una restitución de la posesión de Benjamín Ortega con el reconocimiento de la calidad de mero tenedor, por parte de Segundo Ortega.

"Por otra parte la prueba en sí, no constituye documento público y auténtico, ni siquiera es un documento privado. Es apenas un indicio de la verdad de su contenido, por estar respaldada esa copia con las declaraciones sobre el viaje del notario al lugar donde yacía el pretendido otorgante del instrumento Benjamín Ortega; pero ni por el hecho de que el Notario expida esa copia, ni por las declaraciones de los testigos que presenciaron que llegó el notario a Santa Lucía y no pudo firmarse escritura alguna por el estado del enfermo, se puede deducir con certeza que Segundo Ortega aprobaba y aceptaba lo escrito en el proyecto de escritura. De modo que sobre tal aceptación apenas puede deducirse un indicio leve.

LA IMPUGNACION

Contra la sentencia objeto del recurso se formulan tres cargos.

Por la causal sexta de casación, establecida por el artículo 520 del código de procedimiento civil, se acusa el fallo "Por haberse configurado dentro del proceso, la causal de nulidad prevista por el ordinal 2º del artículo 456 del código de procedimiento civil". La sustenta el recurrente manifestando que: "Mediante la escritura 463 de 12 de julio de 1962, otorgada en la notaría primera del circuito de Ipiales el demandado dentro del procedimiento ordinario Segundo Ortega Bastidas, dijo enajenar en favor de Guillermo Ortega sus derechos litigiosos vinculados al presente juicio 'para que en caso de fallo favorable en el juicio, se considere al cesionario como dueño y señor absoluto de los fundos materia de los referidos juicios'".

Afirma el recurrente que mediante providencia del 21 de marzo de 1963 se reconoció al señor Guillermo Ortega como cesionario de los derechos litigiosos de Segundo Ortega Bastidas y que "Bien sabido es que con los preceptos jurídicos sustantivos que organizan y reglamentan la institución de la cesión de derechos litigiosos, no resulta posible para el demandado, efectuar la referida cesión, por pugnar con principios jurídicos que resultan inmediatamente deducibles de las correspondientes normas legales".

El impugnante desarrolla el cargo partiendo del presupuesto antes anotado para llegar a la conclusión de que la enajenación contenida en dicha escritura "constituye un hecho ilícito al que la ley le niega los efectos que las partes pretendieron con su celebración, pues de conformidad con el artículo 1527 del C. C. en su ordinal 4º, hay objeto ilícito en la enajenación de las especies cuya propiedad se litiga". Afirma en consecuencia, "que la tal enajenación quedó afectada de nulidad absoluta, de conformidad con el artículo 1741 del C. C. por lo cual dicha nulidad debe ser declarada de oficio por el juez; es alegable por todo el que tiene interés en ella y no es saneable por ratificación de las partes contratantes; y sólo puede desaparecer por la prescripción extraordinaria; todo ello, de conformidad con el artículo 2º de la ley 50 de 1936".

En otro paso de este cargo el recurrente sostiene: "Que como consecuencia inmediata de la referida nulidad de carácter sustantivo, surge la nulidad procesal, consistente en la falta de personería adjetiva del señor Enrique Ortega para representar al demandado Segundo Ortega Bastidas, quien estuvo ausente en el proceso desde el momento en que se notificó la providencia que aceptó a aquel como su cesionario, el día 25 de marzo de 1963".

LA CORTE CONSIDERA:

Al cargo pueden hacérsele dos observaciones fundamentales:

Primera. - La ilegitimidad de la personería de las partes o en quien figura como su apoderado o representante, no puede alegarse en casación como motivo de nulidad, sino por la parte indebidamente representada en el juicio, como que esa ilegitimidad ataca una de las bases esenciales del derecho de defensa y se refiere: "Al presupuesto procesal de la capacidad para comparecer en juicio y no a la personería sustantiva que se confunde con la legitimación para obrar. La ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio", ha dicho la Corte. (Hernando Morales —"Curso de Derecho Procesal Civil— parte general".)

Segunda. - El ataque formulado no encaja dentro de las nulidades simplemente adjetivas a que alude el artículo 448 del código judicial y a que se refiere la causal 6ª del artículo 520 ibidem, pues como se ha visto por la transcripción del cargo, lo que se pretende es conseguir que se declare una nulidad absoluta de la cesión citada, porque según el recurrente en la cesión verificada por medio de la escritura antes anotada, se violaron normas sustantivas que acarrean la nulidad del acto o contrato celebrado entre Segundo Ortega Bastidas y Guillermo Ortega. Tal nulidad afectaría la legitimación en causa del último de los nombrados como cesionario de los derechos litigiosos del cedente. Y ello reclamaría una decisión de fondo sobre la validez del contrato de cesión, lo que es improcedente dentro de la causal 6ª que se ha impetrado como fundamento del cargo.

No prospera la censura.

SEGUNDO CARGO

Se acusa igualmente la sentencia "como violatoria de la ley sustantiva de conformidad con

la causal primera de casación establecida por el artículo 520 del código de procedimiento civil, por los varios aspectos que me permito puntualizar en los correspondientes cargos de casación".

Dice el recurrente:

"Primer cargo. Error de derecho en la apreciación de un documento público con violación indirecta de los artículos 669 y 946 del C. C.".

En relación con el cargo anota el impugnante que el notario segundo del circuito de Ipiales fue requerido por el señor Señor Segundo Ortega Bastidas para que asistiera al lecho de su moribundo hermano, don Benjamín Ortega Bastidas, a fin de que este último otorgara en favor de aquél una escritura pública de venta, por medio de la cual debía transferirle, precisamente, el derecho de dominio pleno vinculado a la totalidad del inmueble denominado "Santa Lucía Grande" y a la mitad del derecho de dominio pleno, en comunidad con el adquirente, vinculado a la finca rural denominada "Santa Lucía Chiquito".

El "proyecto de escritura" (sic) no fue suscrito por los presuntos otorgantes y el notario al expedir la copia respectiva dejó la siguiente constancia: "No corre este instrumento en razón de no haberse firmado por los contratantes, ya que el señor Benjamín Ortega B. al momento de darle lectura del presente instrumento estuvo en estado de inconsciencia (sic).

Sostiene el recurrente que en el "contrato existe, por tanto una confesión inequívoca de propiedad formulada el día 14 de agosto de 1952, por Segundo Ortega Bastidas en favor de su propio hermano Benjamín Ortega Bastidas y que no puede haber más elocuente confesión de propiedad que la que formula una persona al colocarse en el ánimo y la posición de comprador, colocando correlativamente a quien aprovecha la confesión en la posición del vendedor".

Continúa afirmando el impugnante que: "Sobre la veracidad de la existencia de tales declaraciones formuladas por quien se colocó en situación de comprador da fe el notario público en copia auténtica del acta correspondiente a la frustrada enajenación, acto éste que constituye la normal actividad del notario público, en el ejercicio de sus funciones legales: dar fe de las declaraciones de los particulares. El instrumento, que fue incorporado al protocolo y cuya copia se produce a petición de parte... reune por tanto, todas las características propias del documento público que por virtud de la ley, tiene el carácter de plena prueba, así por su contenido intrínseco, como por la manera como la prueba se ha allegado al proceso... Sin embargo el Tribunal, so pretexto de que la referida acta notarial no llegó a ser escritura pública, ni a producir los efectos propios del acto jurídico bilateral de que da cuenta, le niega el carácter de documento público contra toda lógica y contra toda evidencia, considerándolo como un simple indicio que adquiere la categoría de plena prueba, bastante para haber declarado probado el hecho de la confesión de propiedad de Segundo Ortega Bastidas en favor de Benjamín".

Y que "Así el Tribunal cometió un error de derecho patente en la avaluación del documento, violando de manera directa los artículos 1758 y 1759 del C. C. y 632 del código de procedimiento civil".

Y que al restringir el valor probatorio del documento público impidió "La declaración de propiedad en favor de Benjamín Ortega Bastidas...; de tal manera que si el Tribunal le hubiere dado el carácter de plena prueba al acto notarial que da fe de la confesión de propiedad verificada por Segundo Ortega Bastidas, habría tenido que declarar como propietario a Benjamín Ortega Bastidas, aceptando la legitimidad del ejercicio de la acción reivindicatoria y que el Tribunal arrebató a la sucesión de Benjamín Ortega su derecho de dominio y la consiguiente acción reivindicatoria que fluye de él y que la violación del pretexto legal probatorio produce, pues como consecuencia, la violación indirecta de los artículos 669 y 946 del código civil que consagra el derecho de propiedad y la acción de dominio respectivamente".

Se considera:

Es evidente que los artículos 669 y 946 del código civil invocados como fundamento del cargo contienen definiciones de lo que es el derecho de dominio sobre bienes inmuebles y la acción de reivindicación "que es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla".

Si el tal "proyecto de escritura", como lo denomina el recurrente, no fue firmado por las partes que concurrían al acto, no puede dársele al tal proyecto la categoría de instrumento público o auténtico, por falta precisamente, de un elemento sustancial para la validez del instrumento público; las firmas de las partes que lo hayan otorgado, porque como lo dice el artículo 1759 del código civil invocado por el actor en casación:

"El Instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes". Conforme con este criterio el artículo 333 de la ley 57 de 1887 establece: "Que no se anularán los instrumentos públicos por la omisión de las formalidades de que habla el artículo 2595 del código civil adoptado, cuando sean conocidos el notario ante quien se otorgaron, las personas que intervinieron como otorgantes, aceptantes y testigos, y sean suyas las firmas aunque no sean enteras". Luego las firmas de los otorgantes son elementos sustanciales para la validez del instrumento público, y no puede afirmarse que se trata de una prueba de este carácter cuando adólece de vicios que afectan totalmente su vida jurídica.

Y reza el artículo 1760 ibidem, que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos o contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y que se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo... y que fuera de los casos indicados en ese artículo "el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario, o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes". Es sabido que "la venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas, ante la ley, mientras no se haya otorgado escritura pública". (artículo 1857 C. C.).

Surge, pues, con evidencia legal, que el Tribunal no podía aceptar como prueba del dominio a favor de Benjamín Ortega Bastidas, la que se ha venido estudiando y consecuencialmente la acción reivindicatoria que supone la demostración plena del carácter de propietario por parte del presunto reivindicante, no podía prosperar por falta fundamental en este extremo de la acción.

Se rechaza el cargo.

TERCER CARGO

(Segundo de la demanda)

"Error de hecho en la apreciación de un conjunto de testimonios con violación indirecta de los artículos 669 y 946 del C. C.".

Para sostener este ataque el recurrente afirma que el Tribunal no solamente desconoció el valor del "acta notarial" mencionada antes, sino que despreció las declaraciones tendientes a establecer el mismo hecho, declaraciones que fueron rendidas por los testigos presenciales de la frustrada enajenación y quienes dan cuenta de todos los detalles fundamentales, e identificándose los unos y los otros y dando la razón de la presencia de los demás testigos en el acto del frustrado otorgamiento de la escritura pública de venta".

Hace referencia el impugnante a las declaraciones de Jorge Concha S. Itsmenia Ortega de Zambrano, su hijo Carlos Zambrano Ortegón y Jorge Chamorro, para sostener: "Que sin lugar a la menor duda esos testigos recogieron la confesión extrajudicial de propiedad que formulara Segundo Ortega Bastidas en favor de su hermano Benjamín Ortega. Y continúa haciendo la siguiente afirmación:

"Si el Tribunal le hubiera asignado a tales declaraciones el valor de plena prueba que les correspondía, habría tenido que declarar la existencia de la confesión extrajudicial en presencia de las pruebas complementarias revestía el valor de plena prueba, suficiente para haber declarado la propiedad en favor de Benjamín Ortega Bastidas, junto con el derecho a reivindicarlo".

Se considera:

El fallador en la parte motiva de la sentencia materia del recurso hace referencia a una serie de testimonios con los cuales se acredita que Segundo Ortega B. realizó actos positivos de dominio por un lapso mayor de veinte años sobre los predios objeto del juicio, actos consistentes en la explotación económica de ellos. Y es evidente que tales declaraciones afirman que Segundo Ortega B. ha cultivado las tierras con maíz, papa, habas, cebada y otros artículos, como también ocupando los terrenos con ganados y construyendo las correspondientes cercas.

La apreciación que ha hecho el Tribunal de estos testimonios encaja dentro de la autonomía que tiene para realizarla y valorarla, de acuerdo con los términos legales.

Contra ese grupo de declarantes el fallador estimó que las declaraciones presentadas por la parte actora en el juicio ordinario, no demeritaba el valor probatorio que les había concedido a los testimonios llevados a los autos por Segundo Ortega B. y con los cuales éste acredita haber poseído por un lapso mayor de veinte años, sin que un título eficiente opere contra tal posesión.

Ningún error evidente de hecho ha logrado demostrar el recurrente en la apreciación del haz probatorio testimonial. Por lo tanto, el criterio del Tribunal en que fundamentó su sentencia no puede ser desconocido en casación, ni le ha merecido ataque la inspección ocular verificada sobre los fundos de Santa Lucía Grande y Santa Lucía Chiquito, por petición expresa de quien ha incoado la acción de pertenencia, diligencia en la cual se acreditó la explotación económica de los fundos realizada por el nombrado Segundo Ortega B.

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 cinco (5) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario seguido por Sara Ortega v. de Burgos contra Segundo Ortega Bastidas.

Costas a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INCIDENTES EN CASACION

Objetivo propio del juzgamiento de la Corte en el recurso extraordinario.

Como lo enseña la doctrina, en casación no pueden presentarse otros incidentes que los de impedimentos, recusaciones y restitución de términos, por ser ciertamente comunes a toda actuación judicial, en cuanto los dos primeros se refieren a la capacidad subjetiva del juzgador y el último a la reposición de un plazo judicial extinguido. "Ha sido jurisprudencia uniforme de la Corte la de que, en el trámite de este recurso extraordinario, no se admiten incidentes, con excepción de los relativos a impedimento, recusación y restitución de términos" (cas. 14 diciembre 1956, LXXXVII, 2192/93, pág. 61).

Ciertamente, la materia del recurso de casación no es el litigio como cuestión decidendum, sino la sentencia proferida por el Tribunal de segunda instancia como thema decisum, **sentencia ésta que es el objetivo propio del juzgamiento de la Corte en casación, quien, en el ámbito de cualquiera de las causales específicas en que puede fundarse el recurso y dentro de los límites que le trace la impugnación, se limita a decidir si ese pronunciamiento de segundo grado se conforma, sí o no, con el derecho; y, en la segunda de estas hipótesis, invalidar la decisión recurrida, y en su lugar proferir la que corresponda sobre los mismos elementos de juicio que conforme a derecho tuvo a su disposición el tribunal; o si fuere el caso de la cuarta de las causales del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, devolver el proceso al tribunal de origen, para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte, en conformidad con el artículo 54 ibídem.**

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

En este juicio especial de Hernando Ocampo Arango y Víctor Manuel Rodríguez Gómez contra José del Carmen Hernández, decidido por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 12 de agosto de 1965, pide el apoderado del demandado, en el escrito que inmediatamente antecede, que, antes de ordenar que se le corra el traslado para presentar la demanda de casación, se resuelva sobre la suspensión del negocio por él solicitada ante el Tribunal Superior de Bogotá en memorial de que éste no pudo conocer, por haber concedido el recurso de casación y perdido la jurisdicción al respecto.

El peticionario se remite así a la solicitud que, acompañada de un certificado del Juez Penal Municipal de Chía, dirigió al Tribunal, después de que éste había fallado en segunda instancia el negocio civil de que se trata y concedido, en auto de 30 de marzo de 1966, el recurso de casación contra su pronunciamiento interpuesto por el demandado.

En la aludida certificación del Juez Penal de Chía, de fecha 25 de mayo de 1966, se hace constar que allí cursa un negocio penal instaurado a virtud de denuncia presentada y posteriormente ampliada por José del Carmen Hernández, el 23 de diciembre de 1965, contra Hernando Ocampo Arango por el delito de estafa que se halla en investigación, y la cual hace relación a la cláusula 5ª aparte b), de la escritura número 185 de 14 de mayo de 1964, de la Notaría del Circuito de Chía.

Para resolver, se considera:

Como lo enseña la doctrina, en casación no pueden presentarse otros incidentes que los de impedimentos, recusaciones y restitución de términos, por ser ciertamente comunes a toda actuación judicial, en cuanto los dos primeros se refieren a la capacidad subjetiva del juzgador y el último a la reposición de un plazo judicial extinguido. "Ha sido jurisprudencia uniforme de la Corte la de que, en el trámite de este recurso extraordinario, no se admiten incidentes, con excepción de los relativos a impedimento, recusación y restitución de términos" (cas. 14 diciembre 1956, LXXXVII, 2192/93, pág. 61).

Ciertamente, la materia del recurso de casación no es el litigio como cuestión *decidendum*, sino la sentencia proferida por el tribunal de segunda instancia como *thema decisum*, sentencia ésta que es el objetivo propio del juzgamiento de la Corte en casación, quien, en el ámbito de cualquiera de las causales específicas en que puede fundarse el recurso y dentro de los límites que le trace la impugnación, se limita a decidir si ese pronunciamiento de segundo grado se conforma, sí o no, con el derecho; y, en la segunda de estas hipótesis, invalidar la decisión recurrida, y en su lugar proferir la que corresponda sobre los mismos elementos de juicio que conforme a derecho tuvo a su disposición el tribunal; o si fuere el caso de la cuarta de las causales del artículo 52 del decreto ley 528 de 1964, devolver el proceso al tribunal de origen, para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte, en conformidad con el artículo 54 ibidem.

Lo expuesto basta para poner de relieve la improcedencia de la petición de suspensión de que se trata, la que debe negarse. En consecuencia, se RESUELVE:

Deniégase la solicitud de suspensión del recurso de casación, interpuesta por parte de José del Carmen Hernández en el memorial que inmediatamente antecede.

Por lo mismo, continúe la tramitación del recurso.

En cuanto este proveído quede en firme, vuelva el negocio al despacho para los efectos consiguientes.

Notifíquese y cúmplase.

Gustavo Fajardo Pinzón

Emilio Ricaurte, Of. Mayor.

BIENES DE USO PUBLICO

Los hay de propiedad nacional, departamental o municipal. — Indemnización por trabajos públicos. — Su régimen jurídico. — Valorización. — Elementos de la acción reivindicatoria.

1.—No está en lo cierto el Tribunal al afirmar que todos los bienes de uso público pertenecen a la Nación. Al referirse el Código al Estado incluye en la acepción a cualquiera de las entidades que lo forman: la Nación, el Departamento o el Municipio. Hay bienes de uso público nacionales, departamentales y municipales.

Para el desarrollo urbanístico es frecuente que las entidades respectivas adquieran superficies territoriales que en forma de zonas parciales para las calles o de área total para éstas o para las plazas públicas obtiene el Municipio de conformidad con los reglamentos que rigen la materia: por compra directa, por expropiación, por compensación cuando aplican ciertas normas del estatuto de valorización de la propiedad particular en razón de las obras que realiza la entidad municipal. Es el Municipio y no el Departamento ni la Nación, el que en tales casos actúa para comprar terrenos, expropiarlos o adquirirlos por cesión compensatoria que los propietarios particulares le hacen a la entidad pública local. No es por tanto discutible que por uno cualquiera de estos medios el Municipio entre a ser propietario de la zona en cuestión.

2.—La propiedad de la Nación, los Departamentos y los Municipios sobre bienes de uso público aparece admitida y consagrada en el Código Contencioso Administrativo, en el Capítulo XXII sobre "Indemnización por trabajos públicos". Los artículos 261 a 268 de ese Código fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia "pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública"; es decir, que tales normas tienen vigencia para ser aplicadas por la jurisdicción común. El artículo 261 establece que "Las indemnizaciones que se reclamen del Estado por causa de trabajos públicos nacionales, se decidirán en una sola instancia por el Consejo de Estado, cualquiera que sea el valor de lo reclamado; y el artículo 262 expresa: "Las que se exigen de los Departamentos y Municipios corresponde decidirlas a los Tribunales respectivos...", o sea, que conforme a estos preceptos la ley reconoce expresamente el derecho a reclamar indemnización por trabajos públicos, tanto del Estado o la Nación como de los Departamentos y Municipios, lo que implícitamente admite la propiedad de estas entidades públicas sobre los bienes de cada una de ellas destinados al uso público.

3.—La acción reivindicatoria exige demostrar que quien la ejercita es dueño o propietario de la cosa que se pretende reivindicar; que lo que se reivindica es una cosa singular, que está poseída por la persona contra quien se ejercita la acción, y que hay identidad del bien que se pretende reivindicar con el que posee el demandado.

4.—El régimen jurídico que regula los juicios sobre indemnización por trabajos públicos se halla contenido especialmente en el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo. Como ya se anotó, los artículos 261 a 268 de este Código fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto asignaban a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las acciones correspondientes, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración; preceptos que consecuencialmente rigen esas acciones ante la justicia ordinaria.

Tal indemnización está representada por el valor de la propiedad que se pretende reivindicar, que por no ser posible restituir *in corpore*, por destinación a un servicio público, se reemplaza por el valor del inmueble; el precio de éste pasa a ocupar jurídicamente el lugar de aquél. Previene el artículo 268 del código citado que si hubiere condenación al pago de una suma de dinero a título de indemnización, se deducirá de ella la que los peritos hayan apreciado como valorización por el trabajo público

realizado, y si los peritos no hicieren estimación de la valorización, siempre se deducirá el veinte por ciento (20%).

Finalmente, y en cuanto respecta a la aplicación del artículo 268 del C. C. A. en casos de ocupación permanente de la propiedad privada por un trabajo público, no sobra recordar lo dicho por la Corte en casación de 14 de febrero de 1963, G. J. Tomo CE, págs. 113 a 124.

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en el presente juicio contra la sentencia de 26 de enero de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

— I —

ANTECEDENTES

Ante el Juez Civil del Circuito de La Dorada, el doctor Jorge Orozco Valencia presentó demanda el 30 de julio de 1962 contra ese Municipio para que se hagan estas declaraciones:

"*Primera* — Que es del dominio privado del suscrito demandante JORGE OROZCO VALENCIA, de las condiciones civiles anotadas antes, un lote de terreno, situado en el caserío de GUARINOCITO, de jurisdicción del Municipio de La Dorada, alinderado así: por un costado, con la carretera que de Honda conduce a La Dorada; por otro costado, con propiedades de Luis Silva, la Iglesia del caserío, Ismael Toledo, sucesores de Ismael Romero, Inspectoría y Cuartel de Policía; por otro, con propiedades de Francisco Macías, Melquisedec Medina, Alfredo Portela y José Aguirre, Sindicato Agrario de Guarinocito y Robertina Romero; y por el otro costado, con la escuela pública del caserío, propiedad que ocupó Alvaro Rivas, casa de sucesores de Verónica Leytón de Amaya y Carlos Villarraga, Alfredo Moreno, Eva de Molina y Nicolás Suárez.

"*Segunda* — Que como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de La Dorada, está en la obligación de restituírme, una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, el lote de terreno alinderado y determinado en la petición anterior.

"Como petición subsidiaria a la anterior, SEGUNDA, suplico lo siguiente:

"Que como el lote determinado y alinderado en la petición PRIMERA de esta demanda se destinó a servicio público y por lo mismo no puede ser restituido, el Municipio de La Dorada está en la obligación de pagarme, en dinero, su valor o precio, el cual será fijado dentro del presente juicio, o en el procedimiento pericial a que él diere lugar.

"*Tercera* — Que en todo caso, cualesquiera que sean las declaratorias anteriores que se pronuncien, el Municipio de La Dorada, está en la obligación de pagarme los frutos naturales y civiles del lote de terreno determinado en la petición PRIMERA de esta demanda, no sólo los percibidos sino los que el suscrito hubiera podido percibir, si el Alcalde de La Dorada no hubiere interrumpido por la fuerza la construcción de la plaza de Mercado, que en él se estaba levantando, frutos éstos que se justipreciarán dentro del presente juicio o en el procedimiento pericial a que diere lugar, computándolos desde el mes de julio de 1954, hasta que tenga cumplimiento la sentencia que ponga fin a este juicio.

"*Cuarta* — Que el Municipio de La Dorada, está en la obligación de pagarme los dineros o valores invertidos en la elaboración de planos para la edificación de la plaza de Mercado de Guarinocito y en la compra de materiales de construcción que indebidamente se apropió el Alcalde de La Dorada.

"*Quinta* — Que el Municipio de La Dorada, debe pagarme los gastos del juicio".

De los hechos aducidos por el actor se destacan los siguientes:

"1º — Por partición judicial verificada ante el Juez del Circuito de Manzanares, aprobada por sentencia de 6 de junio de 1944, cuyo expediente se protocolizó por medio de la escritura 318 de 14 de julio de 1944 ante el Notario de Manzanares, se adjudicó al peticionario, en virtud de los Títulos que presentó, un lote de terreno denominado 'CASABLANCA', ubicado en el Corregimiento de GUARINOCITO, de este Municipio de La Dorada, alinderado así: 'Partiendo del punto donde la línea que une a 'Colilludo' o 'Colilludo' con la desembocadura de la quebrada de las 'Burras' corta la carretera que conduce a La Dorada, se sigue toda esta carretera hasta encontrar el puente que hay sobre la quebrada de 'Yeguas'; 'Yeguas' arriba has-

ta encontrar un mojón en donde termina una línea que parte del cerro de 'El Gigante' con un rumbo magnético de N. -88-E.; siguiendo esta línea al cerro de 'El Gigante'; de este cerro, siguiendo una línea con rumbo magnético de S-10-E, al cerro de 'Casanguilla'; y de aquí, siguiendo una línea recta, lindero con el lote 'El Porvenir', a buscar el cerro de 'Colilludo' o 'Goliyudo' y de aquí, siguiendo una línea recta que une a este punto con la desembocadura de la quebrada 'Las Burras', hasta el sitio en donde esta línea corta la carretera, punto de partida'.

"2º — El suscrito había comprado los derechos por los cuales le adjudicaron ese terreno así: Por escritura Nº 808 de 11 de marzo de 1943, a MARIA LYNN y CARLINA CONTRERAS DE LYNN, *cuatro* derechos; por escritura 3239 de 23 de septiembre de 1943 a AGUSTIN ALVAREZ RUIZ, *un derecho*; por escritura 3376, de 1º de octubre de 1943, a JUAN FRANCISCO MUJICA, *cuatro* derechos; y por la 4480, de 22 de diciembre de 1943, a ROSA AMALIA DE CASIS, *cinco* derechos; a BLANCA VANEGAS DE CASIS, *seis* derechos; a MARGARITA CASIS, *seis* derechos; a CECILIA CASIS, *seis* derechos; a PEDRO A. CASIS, *medio* derecho. Todas las Escrituras son de la Notaría Primera de Bogotá.

"3º — Todos los vendedores relacionados en el numeral anterior, habían adquirido sus derechos por adjudicación que se les hizo en la Liquidación de la Sociedad "GUARINOCITO S. A.", que consta en la Escritura 1747 de 30 de junio de 1941 pasada en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá, y el doctor Mujica, en compañía del suscrito, por medio de la Escritura 808 de 12 de marzo de 1943 de la misma Notaría, mencionada anteriormente.

"4º — El lote alinderado en la súplica PRIMERA de esta demanda, hace parte integrante del que me fue adjudicado en la partición material llevada a cabo ante el Juez del Circuito de Manzanares, protocolizada por la Escritura 318 de 14 de julio de 1944 en la Notaría del Circuito de Manzanares.

"5º — El caserío de Guarinocito se había formado a los lados de la línea del ferrocarril, y una vez adjudicado el lote 'CASABLANCA', me dediqué a hacer una Urbanización en el lado izquierdo de la carretera que conduce de Honda a La Dorada, y destiné para construir un mercado cubierto el lote de terreno que se alinderó en la súplica PRIMERA de esta demanda. Para tal efecto, hice elaborar los planos respectivos por el Ingeniero RAFAEL DUARTE C. y copias de ellos les fueron entregados al señor Personero Municipal y al señor Alcalde de La Dorada, con comunicaciones de diciembre 1º de 1951.

"6º — En el mes de julio del año de 1954, se inició la construcción del mercado cubierto y entonces el Alcalde Militar de La Dorada llamado FRANCISCO BENAVIDES, impidió por la fuerza que se continuara la construcción y se apropió los materiales que se habían llevado para tal efecto.

"7º — El Municipio de La Dorada, desde ese entonces se apropió el terreno alinderado en la súplica PRIMERA de esta demanda, ha hecho o permitido que los particulares hagan algunas construcciones y ha estado cobrando los derechos o Impuestos de Industria y Comercio que les impuso a las personas que venden en tal terreno, lo convirtió en plaza pública e ingresa a su renta los impuestos que cobra a los que hacen uso de este inmueble.

"8º — El Municipio de La Dorada sabía que el terreno era de mi exclusiva propiedad, pues por escritura 253 de 14 de julio de 1947 el suscrito le había cedido gratuitamente, dos lotes de terreno colindantes con el alinderado en la súplica PRIMERA de esta demanda, para la construcción de la Inspectoría y Cuartel de Policía y para las Escuelas Públicas. Esta Escritura es de la Notaría de La Dorada".

El Juzgado estudió la prueba que a solicitud del demandante se produjo y desató la litis así:

"1º — Declárase que es del dominio privado del señor doctor JORGE OROZCO VALENCIA, mayor de edad y vecino de Bogotá, el lote de terreno situado en el corregimiento de Guarinocito, jurisdicción de La Dorada y determinado por los siguientes linderos: Por un costado, con la carretera que de Honda conduce a La Dorada; por otro costado, con propiedades de Luis Silva, la Iglesia del caserío, Ismael Toledo, sucesores de Isabel Romero, la Inspectoría y Cuartel de Policía; por otro con propiedades de Francisco Macías, Melquisedec Medina, Alfredo Portela y José Aguirre, sindicato Agrario de Guarinocito y Robertina Romero; y por el otro costado con la escuela pública del caserío, propiedad que ocupó Alvaro Rivas, casa de sucesores de Verónica Leyton de Amaya y Carlos Villarraga, Alfredo Moreno, Eva de Molina y Nicolás Suárez.

"2º - Como consecuencia de lo anterior y por estar este inmueble destinado a uso público, se condena al Municipio de La Dorada a pagar al doctor Jorge Orozco Valencia, en dinero, su valor o precio, el cual fue fijado por los peritos en la suma de SESENTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE. ($ 64.000.00), los cuales serán pagados 5 días después de ejecutoriada esta sentencia.

"3º — Condónase al mismo Municipio de La Dorada a pagar al doctor JORGE OROZCO VALENCIA los frutos civiles del lote de terreno determinado en el punto primero de esta resolutiva, y no solo los percibidos sino los que el dueño del inmueble hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido el lote de terreno en su poder. Estos frutos fueron avaluados pericialmente en la suma de CIEN PESOS ($ 100.00) mensuales y deberán ser pagados por el Municipio a partir del mes de julio de 1954 hasta cuando se haga el pago relacionado en el punto 2º anterior.

"4º — Por las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia se absuelve al demandado del cargo y petición hecha en el punto 4º de la parte petitoria de la demanda.

"5º — No se hace condenación en costas por prohibición expresa del Art. 576 del C. J.".

El Tribunal Superior de Manizales, al decidir sobre la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia, resolvió:

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de La Dorada, de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta y tres, proferida en este juicio ordinario del doctor Jorge Orozco Valencia contra el Municipio de La Dorada y en su lugar ABSUELVE a dicho Municipio de todos los cargos que le fueron formulados en la demanda.—Se condena al doctor Jorge Orozco Valencia a pagar las costas judiciales del presente juicio, de primera y segunda instancia, a favor del Municipio de La Dorada".

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA ACUSADA

Anota esta providencia que de acuerdo con las pruebas aportadas por el demandante, no se sabe quién es el que está poseyendo la plaza pública, afirma que la verdad es la que ni el Departamento de Caldas ni el Municipio de La Dorada están en posesión del inmueble de que se trata. "Está en servicio o en uso permanente, en primer lugar de todos los habitantes del Corregimiento de Guarinocito y en segundo término de todos los habitantes de la Nación. En otros términos: se trata de un bien de la Nación, de acuerdo con el Art. 674 del C. Civil, que dice:

"Se llaman *bienes de la Unión* aquellos cuyo dominio pertenece a la República.—Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, puentes y caminos, *se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio*".

Expresa el Tribunal que con la diligencia de inspección ocular practicada por el Magistrado sustanciador, con intervención de peritos, al lugar de la controversia, quedaron evidenciados los siguientes hechos:

"Primero. — Que el inmueble alinderado en la primera súplica de la demanda, se refiere a la plaza pública principal del Corregimiento de Guarinocito.

"Segundo. — Que por la conformación y presentación actual de lo que se viene llamando Corregimiento de Guarinocito, es realmente un poblado o caserío con *calles y carreras*, debidamente trazadas y abiertas para el uso de sus habitantes. La plaza pública encerrada por los linderos detallados, 'se tiene como tal no solo por sus mismos habitantes y para servicio suyo sino también por toda persona extraña que hasta tal sitio llega, ya que guarda todas las características que presenta o tiene una plaza pública... En el Corregimiento vienen funcionando normalmente, pues así se constató, una Corregiduría de Policía, despacho en este lugar en donde se extendió la presente acta, dos escuelas públicas —de niñas y de niños—, Capilla para el servicio del culto católico, Cuartel de Policía, Puesto de Salud, Matadero, Acueducto, Tesorería de Fomento".

Y agrega el fallo acusado:

"De manera que ante estas pruebas, no queda la menor duda de que la *plaza pública principal* del poblado o caserío del Corregimiento de Guarinocito, es un bien del Estado DE USO PUBLICO, el cual debe distinguirse de los bienes FISCALES de propiedad de la Nación. Estos los posee y administra el Estado como un particular. Son, como dice la Corte, 'fuente de ingresos y como propiedad privada están some-

tidos al derecho común'. Los bienes de uso público, 'son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, las calles, los puentes, los caminos, etc..., se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles...'.

"Por manera que tanto el señor Fiscal colaborador de este Tribunal, como el apoderado del Municipio de La Dorada, están en lo cierto cuando afirman que, si a pesar de que el demandante adelantó *obras de urbanización* en la cabecera del Corregimiento de Guarinocito, sin dar cumplimiento a la obligación legal de ceder 'a título gratuito', por escritura pública, el dominio sobre el lote destinado para la plaza pública del citado poblado, tal como lo ordena el artículo 195 del Código de Policía de Caldas y HOY PRETENDE 'que se le pague el valor de dicha plaza, NO SERA EN NINGUN CASO EL MUNICIPIO DE LA DORADA EL OBLIGADO A ESE PAGO, SINO LA NACION'. Porque esa plaza presta un *servicio público nacional*, del cual hacen uso todos los habitantes del territorio 'y ha ingresado al patrimonio del Estado'.

Como conclusión final esta acción ha debido dirigirse contra la Nación y no contra el *Municipio de La Dorada;* razón por la cual debe revocarse la sentencia del Juzgado, y en su lugar absolverse al nombrado Municipio".

La impugnación

Con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, el recurrente formula el cargo de ser la sentencia violatoria de ley sustancial, "por aplicación indebida e interpretación errónea de las disposiciones que adelante citaré"; y porque "el Tribunal apreció erradamente o dejó de apreciar las pruebas que luego señalaré, quebrantando directamente los preceptos sobre apreciación de pruebas que indicaré e indirectamente las disposiciones que dejaré también marcadas debidamente".

Más adelante el recurso expresa:

"Luego el Tribunal interpretó erradamente el artículo 674 del Código Civil, con sus concordantes, entre otros los artículos 955 y 957 del mismo código, que hablan de la reivindicación cuando es imposible o difícil la persecución de la cosa misma y contra el que poseía de mala fe o por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, caso este último en que puede demandarse al que no es actual poseedor 'como si actualmente poseyese'. . . . .

"Entonces tenemos: violación del artículo 697 del Código Judicial, sobre la prueba de testigos; violación del artículo 632 del mismo Código, sobre que es plena prueba un documento oficial como el certificado del Corregidor; y violación del artículo 645 de la misma obra, sobre documentos privados que obran en el expediente sin ser redarguidos de falsos.—Y todo ello conduce a una nueva violación indirecta del artículo 952 del Código Civil sobre posesión del demandado".

El recurso acusa pues la sentencia por quebranto de varias normas del Código Judicial sobre valoración de la prueba, artículos 604, 632, 697, 722, 724 y 730 del C. J. y por violación de los artículos 674, 952, 955 y 957 del C. Civil.

— II —

LA CORTE CONSIDERA

A) Aunque la demanda no se ciñe estrictamente a la técnica exigida para el recurso extraordinario de casación, ella cita sin embargo las disposiciones de carácter sustancial que se dice han sido violadas, así como las que se afirma que han sido infringidas en materia probatoria, lo que le sirvió a la Corte para hacer la síntesis con que termina el acápite *La Impugnación.*

Establece el artículo 950 del Código Civil que la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad de la cosa, y el 951 que la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor. Estas normas son básicas en el estudio de la litis planteada.

El Tribunal estimó que la acción fue mal dirigida contra el Municipio de La Dorada, por no estar él en posesión del inmueble, sino la Nación, a la que considera propietaria de la plaza pública de Guarinocito, y en posesión de ella, por aplicación de lo previsto en el artículo 674 del C. Civil que contiene una definición de los bienes de la Unión de uso público.

Considera el Tribunal, según las transcripciones de la sentencia, que como de las pruebas del juicio aparece que la plaza pública principal del poblado o caserío de Guarinocito es un bien del Estado de uso público, y presta un servicio público nacional "ha ingresado al patrimonio del Estado", o de la Nación, más concretamente, y que por lo mismo la acción fue mal propuesta al dirigirse contra el Municipio citado y no contra la Nación.

No está en lo cierto el Tribunal al afirmar que todos los bienes de uso público pertenecen a la Nación. Al referirse el Código al Estado incluye en la acepción a cualquiera de las entidades que lo forman: la Nación, el Departamento o el Municipio. Hay bienes de uso público nacionales, departamentales y municipales.

Para el desarrollo urbanístico es frecuente que las entidades respectivas adquieran superficies territoriales que en forma de zonas parciales para las calles o de área total para éstas o para las plazas públicas obtiene el Municipio de conformidad con los reglamentos que rigen la materia; por compra directa, por expropiación, por compensación cuando aplican ciertas normas del estatuto de valorización de la propiedad particular en razón de las obras que realiza la entidad municipal. Es el Municipio y no el Departamento ni la Nación, el que en tales casos actúa para comprar terrenos, expropiarlos o adquirirlos por cesión compensatoria que los propietarios particulares le hacen a la entidad pública local. No es por tanto discutible que por uno cualquiera de estos medios el Municipio entre a ser propietario de la zona en cuestión.

La propiedad de la Nación, los Departamentos y los Municipios sobre bienes de uso público aparece admitida y consagrada en el Código Contencioso Administrativo, en el capítulo XXII sobre "Indemnización por trabajos públicos". Los artículos 261 a 268 de ese Código fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia "pero solo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública"; es decir, que tales normas tienen vigencia para ser aplicadas por la jurisdicción común. El artículo 261 establece que "*Las indemnizaciones que se reclamen del Estado por causa de trabajos públicos nacionales*, se deciden en una sola instancia por el Consejo de Estado, cualquiera que sea el valor de lo reclamado; y el artículo 262 expresa: "*Las que se exigen de los Departamentos y Municipios* corresponde decidirlas a los tribunales respectivos;...", o sea, que conforme a estos preceptos la ley reconoce expresamente el derecho a reclamar indemnización por trabajos públicos, tanto del Estado o la Nación como de los Departamentos y Municipios, lo que implícitamente admite la propiedad de estas entidades públicas sobre los bienes de cada una de ellas destinados al uso público.

El error del Tribunal al estimar que no hay bienes municipales de uso público lo llevó al desconocimiento de la acción intentada por el demandante, de reivindicación del inmueble que forma la plaza de Guarinocito, ya que como consecuencia de aquél la entidad falladora en segunda instancia no encontró probado el elemento constitutivo de dicha acción consistente en la posesión por el demandado, el Municipio de La Dorada, del terreno objeto de la demanda, afirmando que tal posesión la tiene la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 674 del Código Civil.

El cargo del recurso extraordinario, de haberse infringido la ley sustancial por falta de aplicación de una norma, el artículo 952 del C. Civil, que determina que la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor, en cuanto desconoció la calidad de tal al demandado, prospera en atención a las consideraciones consignadas antes. No es por tanto necesario verificar si existen otras violaciones de ley sustancial. Aunque en verdad los varios motivos indicados por el recurso se reducen al que se ha examinado, por el desconocimiento que el Tribunal hizo y por la consiguiente falta de aplicación de la norma legal que exige como elemento de la acción reivindicatoria demostrar la posesión del demandado. La propiedad del demandante sobre el terreno que forma la plaza de Guarinocito la admite el fallo recurrido en casación.

Debe, por tanto, casarse la sentencia acusada, revocarse la de primer grado y proferirse el fallo a que haya lugar.

B) La acción reivindicatoria exige demostrar que quien la ejercita es dueño o propietario de la cosa que se pretende reivindicar, que lo que se reivindica es una cosa singular, que está poseída por la persona contra quien se ejercita la acción, y que hay identidad del bien que se pretende reivindicar con el que posee el demandado.

Las pruebas conducentes a comprobar estos postulados son favorables a la acción intentada, como pasa a verse:

a)—En la escritura 1747, de 30 de junio de 1941, otorgada ante el Notario Primero de Bogotá, aparece la liquidación de la sociedad denominada GUARINOCITO S. A. y en ella las siguientes determinaciones:

"En consecuencia se adjudican y traspasan derechos y acciones pro-indiviso sobre el suelo y el subsuelo de la finca Guarinocito, como también derechos y acciones en el contrato con la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, a que hace referencia la escritura pública número dos mil ciento cuarenta y dos (2142) varias veces citada, en la forma que se establece adelante, dejando constancia de que la finca Guarinocito ubicada en los Municipios de La Dorada y Victoria, Departamento de Caldas tiene los siguientes linderos: 'Desde la desembocadura de la quebrada Las Burras en el río Magdalena, lindando con tierras del general Juan B. Castaño antes de Pedro Londoño Sáenz y otros de Carlos Chaves, y siguiendo esta quebrada aguas arriba hasta la desembocadura de *Casanguilla* y límites de la totalidad del globo de la Egipciaca, de esta quebrada que forma una línea recta al morro de El Gigante; de este lugar se toma otra recta en dirección occidental a oriente, que venga a dar a la quebrada de *Las Yeguas*, se sigue luego el curso de estas aguas abajo hasta la confluencia con el río Magdalena, en extensión comprendida entre las quebradas de Las Burras y Las Yeguas, siendo de advertir que de este terreno así deslindado se excluye la siguiente porción: Tomando una línea recta que partiendo de la desembocadura de la quebrada de Las Burras en el río Magdalena, va a terminar en el cerro de Golilludo o Goliyudo, y partiendo de este último cerro en dirección sur, pasando por los cerros y cerrajones que van a terminar en La Ermita, sobre la expresada quebrada de Las Burras, formando dicho terreno un triángulo que en uno de sus lados está formado por la dirección de dicha quebrada.—Adjudicación a la señora María Lynn de Lynn. Como tenedora de cuarenta (40) acciones de cada una de las clases "A" (suelo) y "B" (subsuelo) se le adjudica el cuatro por ciento (4%) del suelo y del subsuelo de la finca GUARINOCITO antes alinderado y el cuatro por ciento (4%) de los derechos y obligaciones del contrato a que se refiere la escritura número dos mil ciento cuarenta y dos (2.142) citada".—En seguida se hacen adjudicaciones análogas, a Carlina Contreras de Lynn el cuatro por ciento (4%) del suelo y subsuelo de la finca Guarinocito; a Rosa Amalia de Casís el cinco por ciento (5%) del suelo y subsuelo; a María Barreto de Ramírez el cincuenta y cinco por ciento (55%) del suelo y el subsuelo; a Blanca Vanegas de Casis, el seis por ciento (6%) del suelo y subsuelo; a Margarita Casís M. el seis por ciento (6%); a Cecilia Casís M. el seis por ciento (6%); a Pedro A. Casís el medio por ciento (½%); a Agustín Alvarez Ruiz el uno por ciento (1%).—"Las adjudicaciones anteriores dan un total de ochenta y siete y ½ por ciento (87½%), o sea igual al ochenta y siete y medio por ciento (87½%) de los derechos sobre el suelo y el subsuelo de la finca Guarinocito, y el ochenta y siete y medio por ciento (87½%) de los derechos y obligaciones a que se refiere el contrato que consta en la escritura número dos mil ciento cuarenta y dos (2.142) tantas veces citada, derechos de los cuales es propietaria la Sociedad y cubre la totalidad de las ochocientas setenta y cinco (875) acciones de cada una de las clases "A" (suelo) y "B" (subsuelo) emitidas y suscritas.—El doce y medio por ciento (12½%) restante pertenece a los señores Rafael Luna Ponce, Isabel Luna de Ospina y Horacio Luna Pardo, según consta en la escritura número dos mil ciento cincuenta y seis (2.156) de once (11) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938) de la Notaría Cuarta de Bogotá".

La escritura de donde se toman los apartes transcritos fue registrada en Bogotá el 24 de julio de 1941, en el Libro Nº 1º, Tomo 1º, folio 234, partida 338 (folios 25 a 27, v. Cuaderno 1).

La escritura Nº 318 otorgada en la Notaría de Manzanares el 14 de julio de 1944, registrada en la Oficina de Registro de esa localidad, recoge la adjudicación hecha en el juicio divisorio de la Sociedad Guarinocito S. A. a Jorge Orozco Valencia de un lote de terreno denominado Casablanca, ubicado en el Corregimiento de Guarinocito, jurisdicción del Municipio de La Dorada, dentro de estos linderos: "Partiendo del punto en que la línea que une a Golilludo o Goliyudo con la desembocadura de la quebrada de Las Pulgas corta la carretera que conduce a La Dorada, se sigue por toda esta carretera hasta encontrar el puente que hay sobre la quebrada de Yeguas; Yeguas arriba hasta encontrar un mangón en donde termina una línea que parte del cerro El Gigante con rumbo magnético de N-88-E, siguiendo esta línea al cerro de El Gigante; de este cerro, siguiendo una línea con un rumbo magnético S-10-E al cerro de Casanguilla y de aquí siguiendo una línea recta, lindero con el lote El Porvenir, a buscar el cerro de Golilludo, o Goliyudo; y de aquí siguiendo una línea recta, que une este punto con la desembocadura de la quebrada Las Burras hasta el sitio donde esta línea corta la carretera, punto de partida". Esta escritura fue registrada en la Oficina de Registro de Manzanares en el Libro 1º, Tomo 2º, folios 148 a 150. Partida 444 el día 11 de julio de 1944 (folios 1 a 4 v., Cd. 1).

También aparecen en el expediente certificados sobre la tradición del dominio según los títulos antes relacionados.

b)—El lote de terreno cuya reivindicación se pretende está comprendido dentro de los linderos de la adjudicación hecha a Jorge Orozco Valencia, como lo muestra el plano que obra a folio Nº 5 del Cuaderno Nº 1 del expediente y porque así lo dictaminaron los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada para identificar el predio (fls. 66 y ss. del cuaderno de pruebas).

Del terreno adjudicado a Jorge Orozco Valencia éste transfirió el derecho de dominio de distintos lotes a particulares y donó al Municipio de La Dorada los lotes a los cuales se refiere la escritura 253 de 14 de julio de 1947 que aparece a folios 59 y ss. del cuaderno de pruebas. El certificado pertinente del Registrador dice: "Primero. Que el señor doctor Jorge Orozco Valencia continúa siendo el actual dueño y poseedor inscrito del resto del inmueble denominado Casablanca, que se cita en el punto Primero del certificado expedido por la Oficina de Registro del Circuito de Manzanares, fecha marzo 12 de 1946, puesto que la inscripción que lo acredita como tal se encuentra vigente y no ha sido cancelada por ninguno de los tres medios de que trata el artículo 789 del C. Civil".

c)—Con las pruebas producidas en el juicio se establece que el terreno que se pretende reivindicar es un cuerpo cierto, identificado en la inspección ocular con estos linderos: "Por un costado, la carretera que de La Dorada conduce a la ciudad de Honda; por otro costado con propiedades de Luis Silva, Benilda Castillo, Iglesia Parroquial, Marco A. Guerrero (antes Campo Elías Mora), Pedro Amaya (antes Sucesores de Isabel Romero), Inspección y cuartel de la Policía; por el otro costado con propiedad de Francisco Macías, Melquicedec Medina, Sindicato Agrario de Guarinocito, Elena Hernández (antes Roberto Romero), Marco Tulio Guarnizo (antes Rubén Serrato), Alfredo Portela y José Aguirre; por otro costado con predio de la Escuela Pública, Efraín Ospina, Deogracias Usechc, Alvaro Barrera, Carlos Molina, Agustín Méndez y Nicolás Suárez, hasta salir a la carretera que conduce de La Dorada a la ciudad de Honda".

d)—En el terreno mencionado funciona la plaza de mercado de Guarinocito, lo cual se demostró con la existencia de mesas y toldos de carnicería y ventas de comestibles, como lo afirman los testigos y peritos que actuaron en la inspección ocular. Sobre este punto el Corregidor de Guarinocito declara: "Que el mercado público del Corregimiento de Guarinocito funciona normalmente los domingos y demás días en un lote de terreno conocido como plaza pública del Caserío y que está determinado por los siguientes linderos: (los mismos que antes se transcriben).—Que dentro de dicho lote, por estimarse destinado al servicio de mercado, se ha impedido toda ocupación de particulares sin el permiso de esta Autoridad".

La posesión por el Municipio del terreno ocupado por la plaza de mercado de Guarinocito se comprueba con el certificado antes transcrito y con declaraciones de testigos y de los peritos que actuaron en la inspección ocular.

e)—Sobre la ocupación por el Municipio del terreno de la plaza de Guarinocito existe prueba testimonial. Abel Betancourt dice (fl. 69, Cd. de pruebas): "Me consta que el señor Jorge Orozco Valencia llegó a un negocio que tenía yo en Guarinocito en 1954 y no en el año de 1957 como se me pregunta, y me preguntó que qué iba a hacer ese día y él me dijo que lo ayudara con el sobrino mío, a medir en la plaza de Guarinocito con el fin de construir unas elvas para la venta de carne que estas elvas se las iba a vender a los señores materifes, es decir a los que venden la carne; por ahí a eso de las 11 de la mañana, esto viene a ser en julio un día martes de 1954, se presentó en la plaza de Guarinocito el señor Pablo Soto, Tesorero de ese entonces de La Dorada, y ordenó que esos trabajos no se podían seguir haciendo; después se presentó en el mismo día citado, el señor Benavides, Alcalde Militar de La Dorada a la plaza de Guarinocito y llamó al señor Guillermo Moreno para que le dijera al doctor Jorge Orozco Valencia que esos trabajos no se podían seguir haciendo, después de pasar varios días de este incidente, la policía entró los materiales de construcción que tenía el doctor Jorge Orozco Valencia en la plaza, para la Inspección de Policía de Guarinocito y con estos materiales construyeron varias obras dentro de la Inspección tales como dos piezas para destinarlas para los presos y una división o muro que divide el patio de la cárcel con el coso; los materiales enunciados eran bloques de cemento no recuerdo de más.—Todo lo que he manifestado me consta por cuanto en esa época y a unos treinta metros de la Inspección de Guarinocito, tenía una tienda de grano y abarrotes y por lo tanto me daba cuenta de todo lo que pasaba en tal localidad y además por ser

tan pequeña en ese entonces".—Ismael Toledo dice: "No fue en el año de 1957 sino en 1954 que el doctor Jorge Orozco Valencia estaba construyendo unas elvas y tenía todos los materiales listos en lo que hoy se ha destinado para la plaza públicas de Guarinocito; me parece que en el mes de julio de 1954, o junio le prohibió el Mayor Benavides, como Alcalde de La Dorada, que construyera, y le ordenó a la Policía y al Corregidor que en ese tiempo era Guillermo Moreno que guardaran ese material, bloques, piedra, en el cuartel de la policía; esos materiales me parece que los gastaron en unas construcciones en la cárcel de Guarinocito. Al señor Benavides lo acompañó el señor Pablo Soto que era empleado de la Tesorería de La Dorada, pero el Mayor fue el que le prohibió al doctor Orozco continuara con las construcciones. A mí me consta todo lo expuesto por cuanto yo vivo a todo el frente de la plaza de Guarinocito y a unos treinta o cuarenta metros del cuartel de la Policía de Guarinocito, cuando el señor Alcalde le prohibió al doctor Orozco que continuara con los trabajos yo me encontraba en mi casa y tal discusión fue al frente es decir en la calle". Guillermo Moreno, Corregidor entonces de Guarinocito, dice: "Me ratifico en el sentido de que el Mayor Benavides, Alcalde en ese entonces del Municipio de La Dorada, en forma verbal y escrita me manifestó que le impidiera a toda costa al doctor Orozco Valencia construyera una plaza de mercado o 'elvas' para expendio (sic) de víveres en la plaza de Guarinocito".

f)—Aparecen pues demostrados los hechos que fundamentan la acción reivindicatoria adelantada en este juicio.

C)- El régimen jurídico que regula los juicios sobre indemnización por trabajos públicos se halla contenido especialmente en el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo. Como ya se anotó, los artículos 261 a 268 de ese código fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto asignaban a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las acciones correspondientes, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración; preceptos que consecuencialmente rigen esas acciones ante la justicia ordinaria.

Tal indemnización está representada por el valor de la propiedad que se pretende reivindicar, que por no ser posible restituir *in corpore*, por destinación a un servicio público, se reemplaza por el valor del inmueble; el precio de éste pasa a ocupar jurídicamente el lugar de aquél. Previene el artículo 268 del código citado que si hubiere condenación al pago de una suma de dinero a título de indemnización, se deducirá de ella la que los peritos hayan apreciado como valorización por el trabajo público realizado, y si los peritos no hicieren estimación de la valorización, siempre se deducirá el veinte por ciento (20%).

Respecto a la aplicación del artículo 268 del C. C. A. en casos de ocupación permanente de la propiedad privada por un trabajo público, la Corte ha dicho:

"Pero, en la aplicación de dicho texto en los procesos que se adelanten sobre esta materia ante las autoridades judiciales, debe observarse:

"a)—Que la disposición se ordena a que el avalúo pericial de la tierra comprenda, pero separadamente, la valorización de la misma, causada por los trabajos públicos, ya que ordena deducir de la indemnización el mayor valor señalado por peritos a la zona ocupada, a fin de que el expropiado no reciba a la vez el valor de la propiedad, anterior a los trabajos públicos, más la plusvalía alcanzada por la misma zona con ocasión de los trabajos públicos.

"b)—Si los peritos no cumplen con estimar separadamente el mayor valor alcanzado por la tierra ocupada, por razón de las obras y se refieren al valor total actual, el artículo 268 C. C. A. hace una estimación de antemano: el veinte por ciento de la indemnización. Y

"c)—Si los peritos se limitan a determinar el valor que el terreno tenía cuando ocurrió la ocupación, no habrá lugar a deducir, por sustracción de materia, el veinte por ciento de la valorización. . . . Mas, no se trata en el artículo 268 citado, de valorización del resto de la tierra que puede conservar el propietario a quien se le ocupe una parte de ella, sino del mayor valor logrado por esta parte, a fin de que por ningún modo se condene a la Administración a pagar, fuera del terreno, la plusvalía obtenida debido a trabajos públicos por ella misma efectuados, lo que implicaría enriquecimiento ilegítimo. Si del dictamen no aparece —como en este caso— que se haya excluido el mayor valor, corresponde al sentenciador hacerlo deduciendo el 20% de la indemnización, y de allí la orden contenida en el inciso segundo del citado artículo 268". (Corte, Casación febrero 14 de 1963, G. J. CI, pág. 117 a 124).

Al hacer el avalúo del terreno los peritos dicen: "Al punto 4º manifestamos que este lote

o sea el alinderado en el punto Primero del interrogatorio, tiene una cabida de 8.000 metros cuadrados, y que para su avalúo se descontaría una calle de 1.600 metros cuadrados, quedando un área libre de 6.400 mts² que en nuestro concepto se avalúa a razón de $ 10.00 cada uno, o sea cada metro que daría un total de $ 64.000.00 pesos". (fl. 67 v. Cd. de pruebas). Y posteriormente los mismos peritos amplían así su dictamen: "En nuestra condición de peritos en el juicio de la referencia y para evitar cualquier duda en cuanto al avalúo a que se refiere el punto cuarto (4º) de nuestro dictamen, nos permitimos aclararlo o adicionarlo de oficio (Cas. 30 de Nov. de 1936, XLIV, 560) en la siguiente forma: En dicho dictamen fijamos el precio de diez pesos ($ 10.00) el metro cuadrado teniendo en cuenta: a)—Que el lote avaluado está en el centro del perímetro urbano del Corregimiento de Guarinocito; a una distancia igual de los centros urbanos de Honda y La Dorada; de frente por uno de sus costados a la carretera central (pavimentada) y por los otros tres costados a calles públicas del citado Corregimiento; se halla igualmente a una distancia a una cuadra de la Estación del ferrocarril de La Dorada.—b)—El Corregimiento de Guarinocito es un centro de primer orden en turismo, ganadería y agricultura.—c)—Tiene el Corregimiento servicios de energía y acueducto. d)—Al investigar con los propietarios del Corregimiento fuimos informados de que el valor comercial del metro cuadrado de tierra, en el perímetro urbano, es superior a $ 10.00 m/cte." (Fl. 72 Cd. citado).

Aunque en la segunda instancia por petición del apoderado del Municipio de La Dorada se practicó una inspección ocular en la plaza de Guarinocito por el Magistrado sustanciador del juicio, con intervención de peritos, ni en la solicitud de la diligencia, ni posteriormente, se pidió a los peritos que dictaminaran sobre el valor del terreno a que se refiere la reivindicación. Por tanto no hay en el juicio sobre este punto ninguna otra prueba que la que se produjo en la primera instancia, a que se ha hecho referencia, y por lo mismo el avalúo respecto del predio que se intenta reivindicar es uno solo y quedó firme desde el trámite de la primera instancia. A él necesariamente ha de referirse esta sentencia como base de la indemnización que se reclama.

En el caso del presente juicio, el Municipio de La Dorada ocupó el lote de terreno de propiedad del actor y lo destinó a plaza pública de la localidad de Guarinocito. Los peritos, al hacer el avalúo del lote de que se trata, tuvieron en cuenta el precio del terreno en el momento de practicarse dicho avalúo, o sea cuando la obra de la plaza pública había producido una plusvalía en relación con el precio del terreno al ser ocupado por la autoridad municipal. Esa valorización, conforme a la ley y la doctrina, debe descontarse del monto del avalúo pericial; pero como no se determinó por los peritos, ha de deducirse del monto del avalúo, en obedecimiento a lo ordenado por la ley, un veinte por ciento (20%) de tal avalúo.

Ya se vió que dicho avalúo fija en la cantidad de sesenta y cuatro mil pesos ($ 64.000.00) moneda legal el valor del terreno. Deduciendo de esta cifra el veinte por ciento (20%) por concepto de valorización, según el artículo 268 del C. C. A., la indemnización ha de contraerse a la cantidad de cincuenta y un mil doscientos pesos ($ 51.200.00) moneda legal. Esta es la suma en dinero que debe reconocérsele al actor por la ocupación de la propiedad, más los intereses legales de dicha suma que, como frutos civiles, han de pagársele, desde la notificación de la demanda (fl. 52, Cd. 1º). En esta clase de juicios la buena fe de la entidad pública se presume, ya que la ocupación permanente de la propiedad privada se produce en interés general y por razón de un trabajo público.

RESOLUCION

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 veintisiés (26) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, REVOCA la de primer grado, pronunciada por el Juez Civil del Circuito de La Dorada el 28 de marzo de 1963, y en su lugar, como juzgador de instancia,

FALLA:

1º — Condénase al Municipio de La Dorada, Departamento de Caldas, a pagar a Jorge Orozco Valencia la suma de cincuenta y un mil doscientos pesos ($ 51.200.00) moneda legal como indemnización causada por la ocupación permanente del terreno de su propiedad determinado en el juicio, que forma la plaza pública de mercado del Corregimiento de Guarinocito;

2º — El pago de la suma expresada se hará tan pronto como Jorge Orozco Valencia haya

otorgado al Municipio de La Dorada la escritura pública, debidamente inscrita en la Oficina de Registro, sobre la propiedad del mencionado terreno, libre de todo gravamen, por los linderos expresados en la demanda;

3º — El Municipio de La Dorada pagará a Jorge Orozco Valencia los intereses legales sobre la cantidad fijada en el punto primero (1º), a partir del 4 de agosto de 1962, fecha de la notificación de la demanda;

4º — Absuélvese al Municipio demandado de los demás cargos del libelo.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

O B L I G A C I O N E S

Obligaciones civiles, deberes morales y obligaciones naturales. — En qué consisten y sus características fundamentales.

1.—Las obligaciones civiles constituyen vínculos jurídicos perfectos, porque dan acción para exigir su pago, de forma que si el deudor no cumple voluntariamente, el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación.

La ejecución forzada es uno de los más importantes efectos de las obligaciones civiles y consiste en que, cuando el deudor no se allana al cumplimiento voluntario de la prestación en la forma y tiempo debidos, puede el acreedor demandar su cumplimiento mediante la intervención de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, para compelerlo a ejecutar aquello a lo cual se obligó. Todos los bienes del deudor, presentes o futuros, excepto los no embargables, están afectos al cumplimiento de sus obligaciones civiles, conforme al artículo 2488 del Código Civil, que establece el derecho de prenda general de los acreedores.

Como vínculos perfectos que son, las obligaciones civiles no solamente dan acción al acreedor para demandar su cumplimiento, sino también excepción al deudor para defenderse de las pretensiones del demandante, cuando ha ocurrido un hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió.

2.—Como distintos de las obligaciones civiles están los deberes morales que, en cuanto a su cumplimiento, quedan entregados a la conciencia y voluntad de cada quien, pues no caen bajo la sanción del derecho para su ejecución. Los deberes morales no son coercibles, precisamente porque no son obligaciones en el sentido jurídico de la palabra. En ellos no hay un deudor, ni un acreedor, ni determinación de objeto, como en las obligaciones civiles. El dar limosna, por ejemplo, no es una obligación. Quien da limosna satisface un sentimiento moral auxiliando a quien la ha menester sin que sea necesario que haga el suministro a una persona predeterminada. Quien la recibe tampoco puede exigirla de un determinado sujeto; la pide a quien quiera dársela, al transeunte que pasa; y en cuanto al objeto mismo, quien la da hace caridad, entregando cualquier cosa, sin que pueda discutírsele su especie, calidad o cantidad.

3.—Entre los dos extremos, obligaciones civiles y deberes morales, hay un tipo de obligaciones intermedias, que participan de la naturaleza de las obligaciones civiles en cuanto a sus elementos, y de los caracteres del deber moral en cuanto al hecho de que su cumplimiento no está sancionado por una acción.

Este tipo intermedio lo constituyen las obligaciones naturales, que son aquellas que no confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación, pero que autorizan para retener lo pagado, una vez cumplidas voluntariamente por el deudor. Es decir, no dan acción, pero sí excepción para retener el pago, una vez efectuado. Por cuanto autorizan para retener el pago voluntariamente efectuado, algunos autores como Ripert opinan que, paradójicamente, la obligación natural no se reconoce más que en el momento en que muere con la ejecución voluntaria, porque "es en la constatación de su muerte en donde se encuentra la prueba de su vida".

Las obligaciones naturales son verdaderas obligaciones y como tales se asemejan a las civiles en cuanto a que, como éstas, sus tres elementos, acreedor, deudor y cosa debida, se encuentran determinados: no serían verdaderas obligaciones y la ley no podría llamarlas así, si no reunieren los elementos indispensables para que generen vínculos jurídicos.

Pero también se parecen a los deberes morales en cuanto a su cumplimiento, el cual queda al cuidado o a la conciencia del deudor, como quiera que el acreedor de la obligación natural carece de acción para exigir el cumplimiento de la prestación.

Esto es lo que caracteriza fundamentalmente la obligación natural y sirve para

identificarla; la carencia de acción para que el deudor pueda exigir su cumplimiento; pero la obligación natural existe, como tal obligación, a condición de que en ella concurran todos los requisitos necesarios de las obligaciones civiles, es decir, sólo existe a condición de que en ella estén determinados el objeto o cosa debida y los sujetos de la prestación. He ahí la razón para que se considere, generalmente, que sólo hay obligación natural allí donde existió o pudo existir una obligación civil. Por eso se dice que la obligación natural es una obligación civil desvirtuada, una obligación que pudo subsistir o subsistió como obligación civil, pero que por circunstancias especiales perdió su eficacia jurídica y vino a quedar desprovista de la acción de cumplimiento.

Entre nosotros, el artículo 1527 del Código Civil, enumera cuatro casos de obligaciones naturales, a saber: a) las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad; b) las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción; c) las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida; y d) las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

Esta enumeración no es taxativa, como lo cree el recurrente, porque se hace por vía de ejemplo, y nada impide, por tanto, la existencia o posibilidad de existencia de otros casos constitutivos de obligaciones naturales, no incluidos en la disposición citada.

La expresión "tales son" que emplea el artículo 1527 no es limitativa, sino expresiva de algunas hipótesis de obligaciones naturales. Si el artículo dijera "ellas son", o "son", simplemente, como es la forma usada en el artículo 1087 del código, que enumera los testamentos privilegiados, o en el artículo 1226, que indica las asignaciones forzosas, no habría duda sobre el carácter taxativo de las obligaciones naturales; pero al expresar "tales son", citó algunos casos sin comprenderlos a todos.

Pero de que en el artículo 1527 del código civil no estén comprendidas todas las hipótesis de obligaciones naturales, de ahí no se sigue que entre nosotros pueda el juez, al resolver un litigio, considerar como obligación natural un caso no contemplado en la ley como tal. Es decir, basado en que la enumeración del artículo 1527 del código civil no es taxativa, el Juez no puede catalogar como obligaciones naturales casos que en la ley no están descritos como obligaciones naturales. Estas son, en nuestro derecho, las enumeradas en el artículo 1527 citado del código civil, y las indicadas en otras disposiciones del mismo código, aun cuando no se les haya dado el nombre de tales, a condición de que se les atribuyan por la misma Ley los efectos propios de ellas. No es oportuno relacionar aquí los distintos ejemplos que existen en el código, que pueden considerarse como originarios de obligaciones naturales y que no están comprendidos en la enumeración del artículo 1527; basta citar la hipótesis del pago de intereses no estipulados en el mutuo (art. 2233 del C. C.), que no pueden repetirse ni imputarse al capital.

El Tribunal encontró que allí en donde había un deber de conciencia, existía para el demandante una obligación natural, concepto que es preciso rectificar, porque, como ya se expresó, no hay más obligaciones naturales que las señaladas en la ley y los deberes de conciencia, como tales, no están elevados a la categoría de obligaciones de esa especie.

En esta materia hay diferencias sustanciales entre nuestro derecho y el francés. En el código civil francés no hay sino un artículo que habla de las obligaciones naturales, en el título de pago, que dice que no se podrá repetir lo que se ha pagado en virtud de una obligación natural. Por falta de reglamentación en el particular los Tribunales franceses tienen campo abierto para el desarrollo de la doctrina, y han llegado a considerar como originarios de obligaciones naturales, casos que entre nosotros no podrían estimarse así.

El código civil colombiano, en cambio, trae un título destinado a reglamentar la materia de las obligaciones naturales; es el título tercero del libro cuarto, cuyo artículo 1527 las define, y cita algunos ejemplos, no comprensivos de todas las obligaciones naturales a que el código se refiere. Pero en Colombia sólo son obligaciones naturales las que la ley indica como tales, y el Juez no puede por vía extensiva, incluir casos que no tienen ese carácter en nuestro derecho.

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Russín).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de 17 de noviembre de 1964, proferida en el juicio ordinario seguido por José Isidro Sierra contra José Silverio Muñoz y Ernestina Sierra de Muñoz.

— I —

EL LITIGIO

Ernestina Sierra casó católicamente con José Silverio Muñoz en la Iglesia Parroquial de Turmequé, el 30 de noviembre de 1940; son hijos de ese matrimonio María del Carmen, Otoniel, María Auxiliadora, José Daniel, Miguel, Rodrigo, Gloria Erlinda, María Oliva, Ana Adela y María Elsa Muñoz Sierra; por desavenencias conyugales la nombrada Ernestina dejó a su esposo y se trasladó a Bogotá con sus hijos, púberes e impúberes, llegando a casa de José Isidro Sierra, a quien le pidió que la recibiera con ellos mientras conseguía trabajo; según la demanda José Isidro la alojó y le dio alimentación, a ella y a todos los menores, desde enero de 1961 hasta junio del mismo año; se afirma también que Ernestina inició juicio de separación de bienes contra su esposo, en el Juzgado Civil del Circuito de Tunja, y otro de alimentos ante el Juzgado de Menores de la misma ciudad; pero que conciliò sus diferencias con él y puso término a la separación de hecho, regresando al hogar.

José Isidro demandó entonces a los cónyuges José Silverio Muñoz y Ernestina Sierra de Muñoz por el valor de los alimentos suministrados, tanto a ella como a sus menores hijos, para que por sentencia definitiva se declare que deben el valor de dichos alimentos durante el tiempo en que los suministró.

Los demandados se opusieron a las pretensiones de la actora y expresaron que no estaban obligados al pago de alimentos, "que no han recibido o que si los recibieron, de ese hecho no surgió relación jurídica alguna ni obligación para mis mandantes de pagar alimentación". Y agrega el apoderado de la parte demandada: "Entiendo que para que se suministren alimentaciones y para que de ese suministro resulte obligación para el que las recibe debe preexistir un contrato, un acuerdo de voluntades sobre el precio y la alimentación; así si surge una obligación para el que recibió alimentación de pagarla y acción jurídica para la persona que la suministró. Pero en este caso ni siquiera hubo acuerdo o concierto de voluntades, ni se acordó el tiempo y naturaleza de la alimentación".

Surtido el trámite de la primera instancia, el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja condenó a la sociedad conyugal formada por los demandados, al pago de la suma de $ 10.440.00, en que por peritos se estimó el valor de la alimentación y hospedaje suministrados por el actor.

De ese fallo apelaron los demandados. El Tribunal Superior de Tunja, al resolver el recurso, revocó en todas sus partes la sentencia del Juzgado y en su lugar los absolvió de las peticiones de la demanda, según providencia de 17 de noviembre de 1964.

— II —

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Dice el Tribunal:

"No aparece en el expediente prueba alguna que demuestre que entre el demandante y los demandados, hubiera un convenio para que se suministrara alimentación y alojamiento a Ernestina Sierra de Muñoz y a sus hijos.

"Tampoco, con posterioridad a la fecha en que llegó la hermana del demandante con los sobrinos a Bogotá, aparece prueba que demuestre que el demandante hubiera exigido a los demandados se hubieran considerado obligados a pagarle determinada suma por dichos conceptos.

"Para saber la verdadera naturaleza de la relación jurídica que hubiera surgido entre demandante y demandados, y especialmente si se trata de una obligación que de acción para exigir su cumplimiento, se deben tener en cuenta las circunstancias que rodearon el caso, la conducta de las partes, y la intención que movió al actor.

"En primer lugar se debe tener en cuenta que no discuten las partes los hechos mismos que se han presentado en la demanda, discrepando sólo en relación con algunos detalles, que no alcanzan a desvirtuar el hecho de que Ernestina y sus hijos llegaron a Bogotá a la casa de su hermano, quien les suministró alojamiento y alimentación durante unos seis meses...

"Establecido lo anterior, se debe interpretar la conducta del demandante, para precisar si al actuar como actuó, pretendió crear una obligación a cargo de su hermana y sobrinos, por razón de alojamiento y alimentación; si quiso efectuar un acto de caridad, al ayudarlos en esa emergencia; o si sencillamente quiso y entendió cumplir con un deber moral para con sus parientes consanguíneos.

"Ya se observó cómo no aparece que se hubieran pactado las condiciones del contrato para el suministro de la alimentación y alojamiento.

"Aparece demostrado que se dio alojamiento y alimentación por el hermano a la hermana y a los sobrinos de éste.

"Según la declaración de Jenaro Casteblanco, Ernestina le pidió a su hermano que la recibiera, mientras se podía colocar, pero al mismo tiempo dudando de que con tantos hijos pudiera encontrar colocación. Al proceder así Ernestina, se estaba valiendo de sus relaciones de parentesco con el hermano, que la autorizaban para pedir ayuda para ella y sus hijos. No dice el declarante cuál fue la respuesta del hermano, pero es de suponer que los hubiera recibido sin poner ninguna condición y esperando que esa situación se remediara con el tiempo.

"Por la declaración comentada se puede saber que Isidro Sierra se daba cuenta de la situación de penuria en que estaba su hermana para subvenir a las necesidades más urgentes de ella y sus hijos, lo que movió sus buenos sentimientos y despertó el afecto que crea la sangre, para tratar de que sus parientes recibieran ayuda, no en gracia de misericordia, sino como el cumplimiento de un deber moral para con ellos. Así se debe interpretar la manifestación que según dice Jenaro Casteblanco le hizo, de que no los dejaría morir de hambre, aunque se endeudara.

"Aquí aparece también el orgullo de familia y la propia estimación, que se imponía a la conciencia de Isidro Sierra y lo obligaba a hacer esfuerzos, fuera de lo normal, para que sus parientes no sufrieran menoscabo y no tuvieran que valerse de extraños, o comprometerse en situaciones que los hicieran despreciables ante la sociedad . . .

"Todo lo anterior lleva a la convicción de que al actuar así, Isidro Sierra entendió cumplir con un deber moral, sin ánimo alguno de lucro y en razón del parentesco que lo ligaba con los beneficiados.

"Por lo mismo, su acto no puede dar nacimiento a ninguna acción civil, porque sólo cumplió un deber de asistencia para con sus parientes necesitados, que encuadra con los casos de obligaciones que no dan acción para repetir lo pagado, de acuerdo con el citado artículo 1527 del C. C.".

— III —

LA IMPUGNACION

Contra el fallo del Tribunal recurrió en casación la parte demandante, quien hace el cargo de que la sentencia de segundo grado es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa de los artículos 179, 192, inciso 2º, 205, 207, 257, 411, numerales 1º y 2º y 1796, numerales 1º y 5º del Código Civil; y artículo 2º de la Ley 28 de 1932; y por interpretación errónea del artículo 1527 del mismo código.

El recurrente expresa que el Tribunal violó directamente las disposiciones acusadas porque la sentencia materia de casación absolvió a los demandados de las peticiones de la demanda, y aquellas disposiciones, que no aplicó, establecen como de cargo de los padres o de la sociedad conyugal, los alimentos y gastos de crianza y educación de los hijos legítimos y la obligación alimentaria entre los cónyuges; y el quebranto por interpretación errónea del artículo 1527 del C. Civil, se hace consistir en que "este artículo no contempla en su enumeración taxativa el hecho materia de esta litis, para ser considerado como productor de una obligación meramente natural. Por el contrario, todos los artículos citados anteriormente establecen con toda claridad la existencia de una obligación civil".

De aquí deduce el autor del recurso que José Isidro Sierra tiene acción contra los demandados, de conformidad con las disposiciones citadas. En consecuencia, pide que se case la sentencia del Tribunal y se declare en firme la de primera instancia, proferida por el Juzgado del conocimiento.

La Corte considera:

Estimó el Tribunal que el demandante había cumplido una obligación natural al dar alojamiento y alimentación a su hermana y a sus sobrinos legítimos, vistas las circunstancias en que ese acto suyo tuvo ocurrencia.

Según lo dispuesto por el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones son civiles o meramente naturales; civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento, y naturales las que no confieren ese derecho, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Las obligaciones civiles constituyen vínculos jurídicos perfectos, porque dan acción para exigir su pago, de forma que si el deudor no cumple voluntariamente, el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación.

La ejecución forzada es uno de los más importantes efectos de las obligaciones civiles y consiste en que, cuando el deudor no se allana al

cumplimiento voluntario de la prestación en la forma y tiempo debidos, puede el acreedor demandar su cumplimiento mediante la intervención de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, para compelerlo a ejecutar aquello a lo cual se obligó. Todos los bienes del deudor, presentes o futuros, excepto los no embargables, están afectos al cumplimiento de sus obligaciones civiles, conforme al artículo 2488 del Código Civil, que establece el derecho de prenda general de los acreedores.

Como vínculos perfectos que son, las obligaciones civiles no solamente dan acción al acreedor para demandar su cumplimiento, sino también excepción al deudor para defenderse de las pretensiones del demandante, cuando ha ocurrido un hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Como distintos de las obligaciones civiles están los deberes morales que, en cuanto a su cumplimiento, quedan entregados a la conciencia y voluntad de cada quien, pues no caen bajo la sanción del derecho para su ejecución. Los deberes morales no son coercibles, precisamente porque no son obligaciones en el sentido jurídico de la palabra. En ellos no hay un deudor, ni un acreedor, ni determinación de objeto, como en las obligaciones civiles. El dar limosna, por ejemplo, no es una obligación. Quien da limosna satisface un sentimiento moral auxiliando a quien la ha menester sin que sea necesario que haga el suministro a una persona predeterminada. Quien la recibe tampoco puede exigirla de un determinado sujeto; la pide a quien quiera dársela, al transeúnte que pasa; y en cuanto al objeto mismo, quien la da hace caridad, entregando cualquier cosa, sin que pueda discutírsele su especie, calidad o cantidad.

Entre los dos extremos, obligaciones civiles y deberes morales, hay un tipo de obligaciones intermedias, que participan de la naturaleza de las obligaciones civiles en cuanto a sus elementos, y de los caracteres del deber moral en cuanto al hecho de que su cumplimiento no está sancionado por una acción.

Este tipo intermedio lo constituyen las obligaciones naturales, que son aquellas que no confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación, pero que autorizan para retener lo pagado, una vez cumplidas voluntariamente por el deudor. Es decir, no dan acción, pero sí excepción para retener el pago, una vez efectuado. Por cuanto autorizan para retener el pago voluntariamente efectuado, algunos autores como Ripert opinan que, paradójicamente, la obligación natural no se reconoce más que en el momento en que muere con la ejecución voluntaria, porque "es en la constatación de su muerte en donde se encuentra la prueba de su vida".

Las obligaciones naturales son verdaderas obligaciones y como tales se asemejan a las civiles en cuanto a que, como éstas, sus tres elementos, acreedor, deudor y cosa debida, se encuentran determinados: no serían verdaderas obligaciones y la ley no podría llamarlas así, si no reuniesen los elementos indispensables para que generen vínculos jurídicos.

Pero también se parecen a los deberes morales en cuanto a su cumplimiento, el cual queda al cuidado o a la conciencia del deudor, como quiera que el acreedor de la obligación natural carece de acción para exigir el cumplimiento de la prestación.

Esto es lo que caracteriza fundamentalmente la obligación natural y sirve para identificarla: la carencia de acción para que el deudor pueda exigir su cumplimiento; pero la obligación natural existe, como tal obligación, a condición de que en ella concurran todos los requisitos necesarios de las obligaciones civiles, es decir, sólo existe a condición de que en ella estén determinados el objeto o cosa debida y los sujetos de la prestación. He ahí la razón para que se considere, generalmente, que sólo hay obligación natural allí donde existió o pudo existir una obligación civil. Por eso se dice que la obligación natural es una obligación civil desvirtuada, una obligación que pudo subsistir o subsistió como obligación civil, pero que por circunstancias especiales perdió su eficacia jurídica y vino a quedar desprovista de la acción de cumplimiento.

Entre nosotros, el artículo 1527 del Código Civil, enumera cuatro casos de obligaciones naturales, a saber: a) las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad; b) las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción; c) las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida; y d) las que no han sido reconocidas en juicio por falta de pruebas.

Esta enumeración no es taxativa, como lo cree el recurrente, porque se hace por vía de ejem-

plo, y nada impide, por tanto, la existencia o posibilidad de existencia de otros casos constitutivos de obligaciones naturales, no incluídos en la disposición citada.

La expresión "tales son" que emplea el artículo 1527 no es limitativa, sino expresiva de algunas hipótesis de obligaciones naturales. Si el artículo dijera "ellas son", o "son", simplemente, como es la forma usada en el artículo 1087 del código, que enumera los testamentos privilegiados, o en el artículo 1226, que indica las asignaciones forzosas, no habría duda sobre el carácter taxativo de las obligaciones naturales; pero al expresar "tales son", citó algunos casos sin comprenderlos a todos.

Pero de que en el artículo 1527 del Código Civil no estén comprendidas todas las hipótesis de obligaciones naturales, de ahí no se sigue que entre nosotros pueda el Juez, al resolver un litigio, considerar como obligación natural un caso no contemplado en la ley como tal. Es decir, basado en que la enumeración del artículo 1527 del Código Civil no es taxativa, el Juez no puede catalogar como obligaciones naturales casos que en la ley no están descritos como de obligaciones naturales. Estas son, en nuestro derecho, las enumeradas en el artículo 1527 citado del Código Civil, y las indicadas en otras disposiciones del mismo código, aun cuando no se les haya dado el nombre de tales, a condición de que se les atribuyan por la misma ley los efectos propios de ellas. No es oportuno relacionar aquí los distintos ejemplos que existen en el código, que pueden considerarse como originarios de obligaciones naturales y que no están comprendidos en la enumeración del artículo 1527; hasta citar la hipótesis del pago de intereses no estipulados en el mutuo (art. 2233 del C. C.), que no pueden repetirse ni imputarse al capital.

En el sub-lite el Tribunal estimó que dadas las circunstancias en que tuvo ocurrencia la prestación de alimentos, el demandante cumplió una obligación natural. Pone de manifiesto que no aparece en el expediente prueba alguna que demuestre la existencia de un convenio para el suministro de los mismos a su hermana y a sus sobrinos; que tampoco con posterioridad a la llegada de ellos a casa del actor, aparece que éste hubiera exigido el pago de suma alguna por aquel concepto; que la conducta del demandante al proceder como procedió para con su hermana y sus sobrinos, no dejan duda en cuanto a que entendió y quiso cumplir con un deber moral para con sus familiares necesitados, toda vez que Ernestina se estaba valiendo de sus relaciones de parentesco con su hermano, que la autorizaban para pedirle ayuda en las circunstancias en que se encontraba; y que el actor, sin poner trabas ni condiciones ni exigir pago posterior, se consideró obligado naturalmente a cumplir con ese deber, por vínculos de consanguinidad existentes.

Estas apreciaciones del sentenciador de segundo grado, ponen de manifiesto que el Tribunal encontró que allí en donde había un deber de conciencia, existía para el demandante una obligación natural, concepto que es preciso rectificar, porque, como ya se expresó, no hay más obligaciones naturales que las señaladas en la ley y los deberes de conciencia, como tales, no están elevados a la categoría de obligaciones de esa especie.

En esta materia hay diferencias sustanciales entre nuestro derecho y el francés. En el Código Civil francés no hay sino un artículo que habla de las obligaciones naturales, en el título del pago, que dice que no se podrá repetir lo que se ha pagado en virtud de una obligación natural. Por falta de reglamentación en el particular los Tribunales franceses tienen campo abierto para el desarrollo de la doctrina, y han llegado a considerar como originarios de obligaciones naturales, casos que entre nosotros no podrían estimarse así.

El código civil colombiano, en cambio, trae un título destinado a reglamentar la materia de las obligaciones naturales; es el título tercero del libro cuarto, cuyo artículo 1527 las define, y cita algunos ejemplos, no comprensivos de todas las obligaciones naturales a que el código se refiere. Pero en Colombia sólo son obligaciones naturales las que la ley indica como tales, y el Juez no puede, por vía extensiva, incluir casos que no tienen ese carácter en nuestro derecho.

Al considerar el sentenciador que el demandante cumplió una obligación natural en las circunstancias en que se dice suministró la alimentación cuyo pago se demanda, infringió el artículo 1527 del código civil, porque, como ya se dijo, no es posible aceptar conforme al código, que los Jueces puedan interpretar como obligaciones naturales casos no comprendidos en la ley, bien sea porque ésta así las denomine expresamente, o porque les atribuya los efectos propios de las obligaciones naturales, sin darles este nombre.

En consecuencia, no obstante la equivocada doctrina del Tribunal en relación con el concep-

to de obligación natural que se le deja rectificada, no puede la Corte casar el fallo acusado, porque al entrar, como juzgador de instancia, en el estudio de los elementos probatorios aportados al juicio, encuentra que no están debidamente acreditados los hechos en que se funda la pretensión del actor.

En efecto, en el curso del juicio se recibieron las declaraciones de Manuel González, Pioquinto Sierra, Melquisedec Sierra, Genaro Castelblanco, Ramón Pinzón, Julia de Medina y Manuel Torres, solicitadas por la parte demandante para acreditar la prestación de alimentos por parte suya a Ernestina Sierra y a sus hijos, mientras estuvo separada de su marido, de enero a junio de 1961.

González nada sabe en cuanto al suministro de alimentos y sólo refiere que tuvo conocimiento, sin decir pór qué, de que la nombrada Ernestina, con sus hijos, estuvo en casa de su hermano Isidro Sierra, en Bogotá, por algún tiempo, como de cuatro a seis meses.

Pioquinto y Melquisedec Sierra manifestaron ser hermanos del actor y de la demandada Ernestina, estando, por tanto, impedidos para declarar, de conformidad con el artículo 669 del código judicial.

Castelblanco, Pinzón, la Medina y Torres, refieren que Ernestina Sierra estuvo en Bogotá, con sus hijos, en casa de su hermano José Isidro Sierra, durante el tiempo en que se mantuvo separada de su esposo; pero no precisan ese tiempo, pues ninguno de los declarantes concreta fechas al respecto. Solamente Castelblanco expresa que Ernestina llegó en enero de 1961 y que permaneció en casa de su hermano hasta junio o julio de dicho año, sin dar la razón explicativa de su dicho. "Esa señora, o sea Ernestina Sierra —dice el testigo—, duró en Bogotá en la casa del hermano hasta el mes de junio o julio del 61, cuando se murió la suegra y se vino al entierro y ahí se amistó con el marido". No dice el testigo cómo obtuvo el conocimiento de lo que declara en el particular.

Sólo se sabe, pues, por la relación que hacen los testigos hábiles que depusieron en el juicio, que Ernestina Sierra, con sus hijos, sin indicar quiénes, ni cuántos, estuvo por algún tiempo en Bogotá, en casa del demandante. No está determinado el tiempo de su permanencia allí, y aun cuando algunos de los declarantes refieren que José Isidro Sierra les suministraba alimentación, esta es una afirmación sin base en hechos concretos que den a conocer en qué consistía esa alimentación, y si efectivamente con dineros del actor se hizo el suministro, pues los testigos no expresan que el demandante compraba los artículos indispensables por sí mismo o por intermedio de otras personas, destinados a subvenir al sustento de Ernestina y de los hijos de ésta; ni tampoco dan datos o detalles acerca de la clase de alimentación suministrada, como para poder tener un respaldo serio de estimación en cuanto a su valor.

En estas circunstancias se produjo el dictamen pericial que obra en autos, apreciado en $ 10.440.00 el valor de los alimentos, sobre bases no demostradas en el juicio, con prueba plena y completa, según la ley.

Los peritos parten de la hipótesis de que se trataba de diez hijos y la madre, es decir, de once personas; que durante dos meses el demandante dio alimentación a todas ellas; y que durante cuatro meses dio alimentación a nueve personas, o sea a la madre y ocho niños; expresan que estos datos los han tomado del expediente, pero es la verdad, que de acuerdo con las pruebas que obran en él, tales datos no están fehacientemente demostrados.

Sobre esas bases, que no resultan probadas en debida forma, procedieron los peritos a calcular en $ 100.00 mensuales por persona el valor de la alimentación, y así obtuvieron el monto atrás expresado, que aparece sin fundamento en los autos.

En consecuencia, considera la Corte que la prueba no da pie para hacer una condena al pago de la prestación que se implora, por carecerse de suficientes elementos de convicción sobre factores o elementos de hecho indispensables para la prosperidad de la acción.

No es posible hacer una condena en abstracto por no tratarse de frutos, intereses, daños o perjuicios, que son los casos en que la condena in genere es permitida, según el artículo 480 del C. J.

Síguese de lo expuesto que no habiendo bases para condenar al pago de lo que se demanda, la Corte no puede infirmar el fallo acusado, como ya se dijo. Su labor queda entonces cumplida con la rectificación, como lo ha hecho, de la doctrina equivocada del Tribunal.

RESOLUCION

En atención a las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Ca-

sación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y siete de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L. Secretario.

CASACION

Por regla general, la violación de preceptos de la Carta no sirve de base para fundar el recurso extraordinario.

No está por demás advertir que la Corte ha sentado la doctrina de que, por regla general, el quebranto de normas constitucionales no sirve de base para fundar el recurso de casación, ya que la Carta consagra derechos y garantías que de ordinario se desarrollan por medio de leyes, en cuya violación sí puede fundarse el recurso extraordinario. Las disposiciones del Estatuto sobre derechos civiles están incorporadas en el Código Civil, y por tanto su violación es, de modo directo, la de una ley. La Constitución contiene principios generales que suponen un desarrollo legal. En relación con esta materia puede verse lo expuesto por la Corte en casaciones de 31 de julio y 18 de noviembre de 1859, G. J. Tomo XCI, págs. 122 y 331.

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Se decide el recurso de casación propuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de octubre de 1964, en el juicio de sucesión de ANA DOLORES GONZALEZ DE GRILLO

ANTECEDENTES

Habiéndose presentado el trabajo de partición de bienes, y aprobado dicho trabajo, sin haberse notificado aún la sentencia respectiva, todos los interesados en el juicio morturio celebraron un contrato de transacción, consignado en la escritura número 5302 de 18 de octubre de 1963, de la Notaría Séptima de Bogotá, que reformó el trabajo del partidor. En dicho contrato los interesados expresan: "a)—Que todos ellos, don Emiliano Grillo como cónyuge sobreviviente y además heredero de la cuarta de libre disposición y los demás como hijos legítimos, tienen interés jurídico en la sucesión testamentaria de doña Ana Dolores González de Grillo, que cursa en el Juzgado Primero (1º) Civil del Circuito de Bogotá; b)—Que ellos, los comparecientes, por sus calidades de cónyuge sobreviviente y de hijo legítimo (sic), son las únicas personas llamadas por la ley y por el testamento a suceder a doña Ana Dolores de Grillo y que su interés jurídico y la calidad con que cada uno de ellos concurre, han sido ya reconocidos en el mencionado juicio mortuorio; c)—Que en dicho juicio mortuorio se presentó, elaborado por el doctor Blas Herrera Anzoátegui, un trabajo de liquidación de la sociedad conyugal y de partición de los bienes hereditarios que todavía no se encuentra definitivamente aprobado por el órgano jurisdiccional; d)—Que dicho trabajo de liquidación de la sociedad conyugal y de partición del haber hereditario contiene adjudicaciones de bienes en comunidad; e)—Que los comparecientes, en acuerdo común han encontrado formas más convenientes de partición de algunos de esos bienes y han decidido buscarlas transaccionalmente, solucionando así algunas dificultades actuales y precaviendo eventuales litigios futuros; y, f)—Que con los propósitos mencionados celebran la convención que el presente instrumento público recoge, a la cual atribuyen la naturaleza y los efectos del contrato gobernado por el título XXXIX del Libro IV del Código Civil y que consignan en las siguientes estipulaciones:. . ." (fl. 197, Cd. Nº 1).

Realizado por el nuevo partidor el trabajo correspondiente, se consignó en la escritura Nº 3015 de 26 de junio de 1964, Notaría Novena de Bogotá, y se presentó al Juzgado por el apoderado del cónyuge sobreviviente y de varios herederos,

y aquél, en sentencia de 21 de agosto de 1964, le impartió su aprobación.

Apelada la sentencia, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de 29 de octubre de 1964. Contra ésta se interpuso recurso de casación por el apoderado de los asignatarios Carlos E. Grillo González, Ana Dolores Grillo González y Leonor Grillo González.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Refiriéndose a lo estipulado por los interesados en el contrato de transacción, dice:

"Así acordado entre todos los interesados unánimemente, considera el Tribunal que la sentencia proferida por el Juzgado de instancia, y que es motivo de revisión, se encuentra dictada sobre bases que no conducen en lo más mínimo a error, ya que mediante la cláusula últimamente transcrita expresa claramente que cualquiera de los interesados podía pedir, al presentar el trabajo de partición, de plano su aprobación, y tal solicitud debía entenderse como hecha por todos los interesados, es decir, coadyuvada por todos ellos.

"Si el partidor al elevar a escritura pública el trabajo verificado por él, estaba cumpliendo así los principios consagrados en la convención celebrada por todos los interesados, no es justo atribuírle con tal procedimiento, violación de la ley, puesto que, esa convención de acuerdo con claras disposiciones del Código Civil, constituye una ley para contratantes, quienes son, en este caso (sic), capaces para contraer obligaciones con eficacia jurídica.

"No comparte el Tribunal la tesis en que se apoya el recurrente para pedir la revocatoria de la sentencia que aprobó el trabajo de partición, porque en la convención transaccional celebrada por todos los interesados, se dijo claramente que uno o todos podían, al presentar el trabajo de partición, solicitar de plano su aprobación. Así las cosas, concluye la Sala que la sentencia objeto del recurso de alzada debe confirmarse con costas a cargo del apelante, en aplicación de la norma consagrada por el Decreto Extraordinario Nº 243 de 1951, artículo 2º, Numeral 3º".

LA IMPUGNACION

Se formula contra la sentencia de segundo grado un solo cargo con base en la primera causal de casación señalada en el artículo 520 del C. J., "por violación de ley sustantiva por *infracción directa* consistente en el desconocimiento de su mandato". Se concreta como violación del artículo 26 de la Constitución, conforme al cual, nadie podrá ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio; y se advierte que ese precepto se halla dentro del Título III de la Carta sobre derechos civiles y garantías sociales, incorporado en el Código Civil.

Afírmase que dentro del juicio de sucesión tal norma se aplica en la etapa de partición de la herencia, por cuanto quedando en ella distribuído el caudal hereditario entre los partícipes, se localiza el derecho de propiedad de cada uno en los bienes que se le adjudiquen, acto que se halla regido por las normas sustantivas y procesales, figurando entre estas últimas la del artículo 964 del Código Judicial, que para los efectos del artículo 26 de la Constitución establece el modo de oír a las partes, como formalidad previa indispensable para pronunciar sentencia aprobando la partición. El acto de la partición puede afectar derechos sustanciales de los asignatarios, o partícipes, y por eso la ley procesal les proporciona el medio de defenderlos mediante la formalidad del traslado de la partición, cuando su aprobación no ha sido pedida por todos. Si se pretermite dicha formalidad, se priva a los partícipes de un medio legal de defensa de sus derechos contra posibles violaciones de ellos en el acto partitivo, y se quebranta con ello el mandato del artículo 26 de la Carta. Dicha violación se consumó en el caso sub judice, por no haberse corrido traslado del nuevo trabajo de partición sustitutivo del inicialmente presentado.

Considera el recurso que sería error manifiesto estimar el acuerdo de voluntades de que da cuenta la escritura de transacción como un acto consumado de partición material de las mencionadas fincas, pues si así hubiese sido, no habrían tenido los partícipes que nombrar un "ejecutor" del convenio. Que es inoperante la renuncia del derecho a objetar una partición que no se ha efectuado, y que carece de efectos la aprobación anticipada de ella como resultado de la renuncia; que ésta, para que sea válida, exige que el objeto a que se refiere sea conocido cuando el acto se realiza.

Termina su planteamiento el recurrente así: "Conclusiones obligadas de todo lo anterior son las siguientes:

"a)—La presentación que del trabajo de partición del doctor Pardo Dávila hizo el apoderado de algunos de los adjudicatarios pidiendo su

aprobación *de plano*, no podía entenderse como hecha por *todos*, porque aquello indicaba la renuncia del derecho a objetarla antes de qué tal acto existiera y fuera conocido por todos los demás partícipes, y su consecuencial aprobación por anticipado antes de existir y de ser conocido dicho acto.

"b)—Aquella presentación y aquella solicitud no deben entenderse hechas sino por quien realizó ese acto procesal como apoderado de algunos de los adjudicatarios.

"c)—Así las cosas era de rigor dar traslado de la partición a todos los asignatarios en cumplimiento del mandato del artículo 964 del Código Judicial.

"d—La omisión de esta *forma propia* del juicio mortuorio en su etapa de partición de la herencia, no se justifica, por cuanto la aprobación judicial del acto de partición no fue pedida por todos los asignatarios.

"e)—Para aprobar por sentencia aquella partición imponiendo así dicho acto a todos los partícipes, no se observó la *plenitud de las formas procesales* propias del juicio mortuorio en esa etapa, la principal de las cuales está destinada a *oír previamente a todas las partes* que queden ligadas al acto partitivo, o sea el traslado del trabajo de partición.

"f)—De este modo quedó consumada la violación del precepto del inciso primero del artículo 26 de la Constitución de 1886, cuyo texto quedó citado, por infracción directa consistente en el desobedecimiento de su mandato".

Contra el recurso planteado la parte opositora presentó escrito de réplica en oportunidad.

LA CORTE CONSIDERA:

A)—Sostiene el recurso que al aprobarse de plano la partición hecha por el segundo de los partidores nombrados en el juicio, sin oír previamente a todas las partes, se consumó violación del inciso primero del artículo 26 de la Constitución Nacional, por no haberse observado la plenitud de las formas procesales. Adelante se anota cómo la aprobación de la partición fue acordada por todos los interesados en el contrato de transacción que celebraron y conforme al cual se pidió la aprobación al juez del trabajo partitivo.

No está de más advertir que la Corte ha sentado la doctrina de que, por regla general, el quebranto de normas constitucionales no sirve de base para fundar el recurso de casación, ya que la Carta consagra derechos y garantías que de ordinario se desarrollan por medio de leyes, en cuya violación sí puede fundarse el recurso extraordinario. Las disposiciones del Estatuto sobre derechos civiles están incorporadas en el Código Civil, y por tanto su violación es, de modo directo, la de una ley. La Constitución contiene principios generales que suponen un desarrollo legal. "Sea el momento de transcribir la doctrina que la Corte ha mantenido respecto a la acusación por violación de disposiciones constitucionales: 'Las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo 1º, del art. 520 del Código Judicial, porque, aunque es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas, en su carácter de moldes jurídicos superestructurales, de ley de leyes, según la expresión de Montesquieu, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales que pudiera hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. –De esto resulta que, por regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de las disposiciones de la ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de las normas constitucionales. . .—Por tal razón es la propia ley la que determina los varios tipos de procesos y dentro de cada uno de éstos los trámites correspondientes, los recursos, incidentes, etc., así como las sanciones cuando se infringen los preceptos respectivos.—Por este motivo, la Corte considera que la violación del artículo 26 de la Constitución puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que legalmente no le corresponde, es decir, cuando se incurra en trámite irregular, pero no cuando en el trámite seguido se hayan preterm itido formalidades propias de él, ya que en el caso deben operar los remedios que el legislador ha organizado y que van desde la nulidad insanable hasta la simple irregularidad que se sanea con la ejecutoria de la providencia correspondiente, pasando por la nulidad saneable y la inhibitoria para proferir fallo de mérito". (G. J., t. XCI, pág. 122 y también 831).

La acusación no se presenta por haberse incurrido en un trámite irregular del juicio, sino por haberse preterm itido, según se alega, la formalidad de un traslado.

B)—Es punto esencial en el estudio del recurso tener en cuenta el contrato de transacción celebrado por todos los interesados en el juicio mortuorio, antecedente inmediato de la aprobación por el Juzgado del conocimiento del segundo trabajo de partición elaborado en desarrollo de aquel convenio, y que fue sometido al Juez para que fuese aprobado de plano, como así lo hizo el sentenciador.

La cláusula 15ª del contrato aludido dice:

"Los comparecientes declaran expresamente que el trabajo de agrimensura, fijación de precios y ejecución de la partición material de las fincas, encomendada al ejecutor, forman parte integrante de la partición consignada en las estipulaciones de este instrumento y que, en consecuencia, también las decisiones que el Ejecutor adopte tienen los efecto de la cosa juzgada en última instancia como consecuencia que son, lo mismo que esta partición, de un contrato de transacción".

Y en la cláusula décimasexta se lee:

"Consumada como está la transacción, el Ejecutor por sí solo, o en compañía de uno o varios de los herederos o de todos ellos, otorgará una escritura pública que recoja las liquidaciones de la sociedad conyugal y de la herencia y la materialización de la partición de bienes contenida en el presente instrumento.—Tal escritura será presentada al Juez que conoce el juicio de sucesión de doña Ana Dolores González de Grillo, por el cónyuge sobreviviente o su apoderado, o por cualquiera de los herederos o su apoderado o por todos ellos, acompañada de una copia del presente instrumento. Y como el consentimiento de los interesados ya está otorgado, quien o quienes presenten el trabajo al Juzgado, podrá o podrán pedir al Juez que le dé su aprobación para que reemplace al presentado por el doctor Blas Herrera Anzoátegui. Esta presentación se entenderá como hecha por todos los interesados y se entenderá igualmente que todos coadyuvan la solicitud de aprobación".

En el contrato de transacción se dice que como el consentimiento de los interesados está ya otorgado, quien presente el trabajo de nueva partición al Juez puede pedir su aprobación y ello se considera como hecho por todos los interesados y se entiende que todos coadyuvan la solicitu de aprobación. Con esto aquéllos quisieron asegurarse de la aprobación inmediata de la partición, sin más trámite que su aceptación por el Juez, en obedecimiento a la voluntad de las partes, claramente manifestada. El contrato de transacción es pues, como se ha dicho, base necesaria de apreciación por el juzgador. A él le correspondía, en las instancias, deducir las consecuencias que considerara del caso respecto de lo acordado en el convenio de transacción y sus efectos en el trámite del juicio. Que fue lo que hizo el sentenciador en los dos grados del pleito.

Si hubo yerro en este juzgamiento, procedía acusar el acto decisorio del Tribunal por haber incurrido en error en la estimación de una prueba principal del juicio, al apreciar la transacción y sus efectos, y llegar por ese medio a demostrar la violación de ley sustancial. Pero ello no se hizo.

El recurso alega que el Tribunal incurrió en error manifiesto al apreciar el contrato de transacción y la partición contenida en ella y materializada en precios y linderos por el Ejecutor. Si la violación así alegada existiese, se trataría de violación *indirecta* de ley sustancial, por error en la apreciación del contrato de transacción, lo que no fue alegado en la demanda, ya que ésta trata de "violación de ley sustantiva por *infracción directa*" del inciso 1º del artículo 26 de la Constitución.

La violación planteada no puede además estructurarse, como lo intenta la demanda, por la aplicación indebida o no aplicación de textos civiles concretos que regulan la materia, que serían los de la transacción y el mandato. El cargo debió hacerse respecto del contenido del trabajo de partición y del mandato en él ejecutado, para llegar indirectamente a la violación de las normas civiles sobre mandato y transacción. Pero tal acusación no fue formulada, ni se citaron los textos de la ley sustancial sobre mandato y transacción que se supone fueron infringidos.

Parece que por preterm isión de procedimiento y falta de citación previa se intentase fundar un cargo; mas debe advertirse que él, si existiese, debió proponerse con base en la causal 4ª, artículo 52 del Decreto 528 de 1964, (antes 6ª, art. 520 C. J.), por una posible nulidad procesal, que afectaría a todo el trámite posterior a la omisión del traslado, y ello no se planteó en el recurso.

Lo expuesto es bastante para concluir que el cargo único formulado en la demanda de casación no prospera.

RESOLUCION

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de

la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos setenta y cuatro (1964) proferida en este juicio 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 expediente a la oficina de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

COSA JUZGADA

Exigencias de su presupuesto.—No procede alegar incongruencia contra sentencia totalmente absolutoria.—Autonomía del Tribunal en la apreciación probatoria.

1.—Refiriéndose a la cosa juzgada, el artículo 473 del Código Judicial y al expresar que la cosa juzgada hace nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes, advierte que ello es sin perjuicio de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial. Se refiere la ley claramente a dos juicios. Y luego el artículo 474 ibidem expresa que para que la cosa juzgada surta efecto "en otro juicio", se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera. No hay pues duda alguna de que al decir el Código que la cosa juzgada se produce cuando con posterioridad a un juicio se sigue otro sobre la misma materia y entre las mismas partes, el presupuesto de la cosa juzgada exige que se haya terminado un juicio y luego se promueva demanda y se produzca fallo en otro juicio, en las condiciones anotadas.

2.—La Corte debe respetar la autonomía de apreciación que le corresponde al fallador en la segunda instancia. Entrar pormenorizadamente en la calificación de los medios de prueba que tuvo a su disposición la sentencia, invadiría el campo propio del Tribunal y equivaldría además a convertir el recurso extraordinario en algo así como una tercera instancia.

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Se decide el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictada el 6 de octubre de 1964 en el juicio ordinario de GRACIELA CHAVES GALLO contra la DROGUERIA NUEVA YORK S. A.

ANTECEDENTES

Son peticiones de la demanda las siguientes:

"1ª—Que la Droguería Nueva York S. A. dio a la venta el día quince (15) de febrero de 1955, para serle aplicada a mi mandante la señora Graciela Chaves de Gallo, varias ampolletas del antibiótico llamado 'Seclopen', a sabiendas de que tal producto estaba alterado, por haber expirado el término de su vigencia curativa desde el mes de octubre de 1954.

"2ª—Que asimismo, la prenombrada Droguería Nueva York S. A. a pesar de tener conocimiento de la alteración y por tanto, de la ineficacia de la droga 'Seclopen', le fue inyectada a mi mandante en los días 16, 17 y 18 de febrero de 1955, dicha droga, por medio de sus agentes o empleados técnicos, en la Sucursal número 12 de esta ciudad, sin tener en cuenta para ello, que sobre los propios frascos que contenían el producto, aparecía que desde el mes de octubre de 1954, había expirado su vigencia.

"3ª—Que como consecuencia de la aplicación del precitado producto 'Seclopen' inyectado a mi mandante, habiendo expirado su vigencia, le sobrevino una mastitis —de carácter alarmante— que agravó su estado de salud, hasta el punto de haber tenido urgente necesidad de someterse a una intervención quirúrgica en el seno izquierdo, operación que dejó sus secuelas consiguientes por la atrofia de los senos, debido a la incapacidad o impotencia degenerativa de las glándulas mamarias.—Y ello ocasionó la circunstancia de no poder amamantar a sus hijos, como pudo corroborarse en el último parto.

"4ª—Que por tanto, y como consecuencia de los postulados antes dichos, la Sociedad demandada está en la obligación de indemnizar a mi mandante, la señora Graciela Chaves de

Gallo, los perjuicios materiales y morales, así objetivos como subjetivos, que se le causaron por la aplicación de la droga 'Seclopen', vendida e inyectada por la Sociedad demandada, que puso en peligro la vida de la demandante y alteró su salud, con menoscabo de su integridad moral, síquica y física, como es manifiesto.

"5ª—Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas, se condene a la Sociedad Nueva York S. A. (sic) a pagar a mi mandante la señora Graciela Chaves de Gallo la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) m.l. en que estimó los perjuicios materiales, como morales, causados a aquélla, por hecho y culpa de la prenombrada Sociedad.

"Y que para el evento de que tal apreciación fuera objetada por la parte demandada, el Juzgado condene a la mencionada Sociedad a pagar a favor de mi mandante, la suma que pericialmente se estime como indemnización de los perjuicios antes señalados, ya sea en el curso del juicio o al tiempo del cumplimiento de la sentencia.

"6ª—Finalmente pido, que si el demandado se opusiere a las declaraciones, bien sea total o parcialmente, impetradas en esta demanda, se le condene en las costas del juicio".

La demanda se apoya en 34 hechos ordenados a establecer la venta por la Droguería Nueva York del producto denominado 'Seclopen', y su aplicación a la demandante en los días 16, 17 y 18 de febrero de 1955, cuando la vigencia de dicha droga estaba ya expirada; que la ineficacia del antibiótico no contrarrestó la infección que padecía la señora y ello obligó a practicarle una intervención quirúrgica, de la cual ulteriormente se produjeron consecuencias que afectaron la integridad fisiológica de la misma señora, con resultados permanentes que los facultativos determinaron.

La empresa demandada negó varios de los hechos afirmados en el libelo, manifestó estar a lo que resultara de las probanzas del juicio, y éste se cerró en la primera instancia con la sentencia dictada por el Juzgado del conocimiento, el Quinto Civil del Circuito de Bogotá, favorable a las pretensiones de la demanda, condenando en abstracto a la parte demandada al pago de los perjuicios materiales, que se estimarían y liquidarían por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, y a los morales que fijó en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.00.00).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de 6 de octubre de 1964, revocó el fallo de primera instancia y absolvió a la sociedad demandada.

El recurso de casación que ahora se resuelve fue interpuesto por el cesionario de parte de los derechos litigiosos correspondiente a la actora.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Anota que siendo los vicios redhibitorios de la droga la fuente de la responsabilidad, debe examinarse la existencia de los siguientes presupuestos de hecho:

"a)—Si el producto farmacéutico de que se trata fue vendido por la sociedad demandada; b)—Si el dicho producto se hallaba caducado en su eficacia terapéutica; c)—Si fue administrado a la demandante en la cantidad prescripta; d)—Si habiendo sido administrado resultó inocuo para detener y controlar la infección que se pretendió combatir con ese medicamento; e)—Si la ineficacia de la droga fue la causa de la intervención quirúrgica que se hizo necesaria y originó la secuela de perjuicios que al caso se atribuyen.

"Respecto del punto a) obra la fórmula del doctor Rafael F. Ramírez Merchán que receta la droga 'Seclopen' para inyectar en número de tres por vía intramuscular y en cantidad de una diaria. fórmula fechada el 16 de febrero de 1955. Al reverso tiene un sello de la 'Droguería Nueva York S. A., Sucursal número 2, carrera 7ª número 24-05', sin firma. En nota firmada el 18 del mismo febrero, el doctor Ramírez Merchán afirma que los frascos de 'Seclopen' comprados en la Droguería Nueva York de la carrera 9ª con calle 26 tenían anotada la fecha de su expedición anterior (fls. 2 y 3, Cd. 1º).

"Estos dos documentos del doctor Ramírez Merchán fueron reconocidos por él en la declaración que rindió el 20 de agosto de 1958 y que obra a folios 19 y 20 del Cuaderno número 4.

Sobre la adquisición de la droga en la Droguería existen, pues, estas dos pruebas. La primera no tiene emanación alguna de la parte demandada y, al contrario, en las posiciones absueltas por el representante de la sociedad no fue aceptada. (fls. 65 y ss., Cd. 4º). Simplemente el sello sin firma, que evidentemente no demuestra con eficacia legal la venta dicha. La segunda indica testimonialmente que la droga fue vendida por la Sociedad demandada pero en expendio diferente al indicado en la primera, pues se afirma allí que se vendió en la carrea 9ª con la calle 26, cuando el sello indica que se trataba

de la sucursal de la carrera 7ª, número 24-05. Hay, por ello, una contradicción entre el testimonio del doctor Ramírez Merchán y la posición del sello como indicativa de la venta o despacho de la fórmula.

"Pero si no aparece una prueba concluyente sobre la venta del producto farmacéutico mencionado hecha por la sociedad demandada, sino muy tenues indicaciones sobre la verdad de este hecho, podemos suponer, en orden al análisis más completo del problema, que la droga fue vendida por la sociedad demandada.

"Veamos el presupuesto b), es decir, si la droga estaba caducada en su eficacia terapéutica. Sobre el particular obra la misma declaración del doctor Ramírez Merchán quien afirma que en los frascos de 'Seclopen' aparecía la fecha de vencimiento, anterior al uso que de ellos se hizo. Obran igualmente como indicios los decomisos hechos por el Ministerio de Salud Pública de la especialidad 'Seclopen' en otras sucursales de la Droguería Nueva York, según los cuales se comprobó que este producto de los Laboratorios Glaxo con licencia número 10106 tenía anotada la fecha de su vencimiento para octubre de 1954. (fls. 23 y ss. Cd. 1º).

"Sin embargo, al enviarse por el Ministerio a los Laboratorios Samper Martínez las muestras decomisadas para el análisis de actual actividad, con fecha 4 de octubre de 1955, la sección de Control de Drogas contestó que 'hay una disminución de un 8% en la potencia de las muestras con fecha de expiración vencida, con respecto a un patrón fresco' (fl. 64 Cd. 1º).

"Si hemos supuesto que la droga vendida a la señora demandante pertenecía al mismo lote de la decomisada en los primeros días de marzo de 1955 y que ambas tenían vencimiento para octubre de 1954, debemos admitir que el resultado del examen de laboratorio puede predicarse de las dos. Es decir, que la droga caducada en octubre de 1954 había perdido solo un 8% de su actividad en octubre de 1955, lo cual hace suponer que en febrero de 1955 debía tener una actividad mayor al 92%, aunque pudiera no ser plena, ya que es el transcurso del tiempo lo que produce su caducidad.

"Los peritos médicos que dictaminaron en este proceso, doctores Corral Maldonado, Díaz Piedrahita y Bernal Arévalo (Cund. 3ª, fls. y ss.). conceptúan que los antibióticos deben administrarse dentro del término de su vigencia para obtener su plena eficacia; pero consideran que los resultados negativos pueden deberse a resistencias peculiares del paciente que tornan la droga ineficaz para determinado caso.

"El Instituto Nacional de Higiene Samper Martínez como organismo técnico oficial, informa que 'los antibióticos cuya vigencia ha expirado, no deben usarse como profilácticos o curativos porque no hay garantía de que su actividad corresponda a la de la fórmula anunciada en los empaques'. (fl. 14, Cd. 4º).

De todos estos elementos puede sacarse en claro que las ampolletas de 'Seclopen' vendidas a la demandante se hallaban con fecha vencida cuando fueron vendidas, pero que varios meses después no habían perdido sino un 8% de su actividad, cosa que resulta posible por cuanto la caducidad de un antibiótico impide dar garantía de su eficacia conforme a sus propiedades características, pero no implica pérdida necesaria de tales virtudes.

"De esta suerte, no aparece comprobado que evidentemente las ampolletas de 'Seclopen' vendidas a la demandante hubieran perdido sus efectos profilácticos o curativos por completo, sino que, al contrario, sólo habían perdido un porcentaje muy reducido de su actividad.

"Pero, con fundamento en el aserto general de que una droga con vigencia vencida pierde todas sus propiedades originales, y aunque no se haya probado que la vendida las haya perdido efectivamente, sino al contrario, habiendo prueba de que sólo perdió un porcentaje mínimo, podemos suponer que carecía de eficacia para la época de su venta.

"Corresponde, entonces, investigar si la droga fue administrada a la demandante en la cantidad prescrita, esto es, a razón de una diaria y durante tres días.

"Al respecto obran las declaraciones de los señores Manuel Tejeiro (fl. 21 de Cd. 4º) y Rafael Sanmiguel (fl. 46 vto. Cd. 4º), en las cuales aparece demostrado el hecho de que le fueron aplicadas las inyecciones en la Sucursal de la Droguería Nueva York de la carrera 17, número 50-83 en el mes de febrero de 1955. El señor Tejeiro afirma que el hecho ocurrió entre las seis y las siete de la noche y el señor Sanmiguel dice que las inyecciones le fueron aplicadas en los días 16, 17 y 18 de febrero mencionado.

"Podemos dar por establecido que en los días mencionados y en las horas de la tarde le fueron aplicadas las tres inyecciones del antibiótico

recetado por el doctor Ramírez Merchán a la demandante. Pero con ello no se demuestra que las inyecciones fueran las mismas compradas en la Droguería de la carrera 7ª, número 24-05, dirección del sello puesto al dorso de la fórmula o en la droguería de la carrera 9ª con la calle 26, a que se refiere el doctor Ramírez Merchán.

"Pero si anteriormente y en gracia de discusión admitimos que estaba acreditada la compraventa de las inyecciones, debemos advertir consecuencialmente que eran las mismas. En efecto, no se justificaría que el 16 de febrero de 1955 se compraran tres inyecciones de 'Seclopen' y que el mismo día y en los dos siguientes le fueran aplicadas tres inyecciones de 'Seclopen' adquiridas de nuevo. La lógica (sic) que se trata de las mismas.

"Los puntos d) y e) planteados como presupuestos de la situación de hecho, tienen íntima relación y puede tratarse simultáneamente por ello. Dice el doctor Ramírez Merchán en su declaración antes citada (fl. 19 y 20; Cd. 4º) que al comprobar que la infección que padecía la señora demandante y para cuyo control se habían prescrito los medicamentos formulados, entre los cuales estaba el 'Seclopen', no solamente no se había detenido ni eliminado sino que continuaba con mayor agudeza; dispuso la intervención quirúrgica de la paciente que practicó en la misma Clínica de La Magdalena en donde había sido atendida para el parto anterior, intervención que produjo consecuencias perjudiciales.

"Con la 'historia clínica' de la señora demandante, se ha probado que efectivamente fue intervenida quirúrgicamente en la Clínica de La Magdalena el día 17 de febrero de 1955 a las 10½ de la mañana y con anestesia general que duró 10 minutos (fl. 39, Cd. 4º).

"Como las inyecciones de 'Seclopen' le fueron administradas a la paciente los días 16, 17 y 18 de febrero de 1955, entre las seis y las siete de la noche, para el momento de la intervención quirúrgica practicada para suprimir el absceso que se formó, por la inoperancia de la droga, según el concepto del doctor Ramírez Merchán, sólo se le había podido aplicar una de las tres inyecciones recetadas.

"Entonces cabe argüir lógicamente que la ineficacia de la droga no se debió a su calidad sino a que la cantidad prescrita como necesaria para detener la infección no le fue administrada sino en una tercera parte; o que el proceso infeccioso se hallaba en tal grado avanzado, que no fue posible esperar a que la droga obrara en la totalidad de la dosis prescrita.

"Y de ambas maneras no pueden atribuirse los efectos perjudiciales de la intervención quirúrgica a la ineficacia de las virtudes propias de la droga sino a su administración extemporánea o en cantidad definitivamente deficiente.

"Estas consideraciones llevan a concluir que aún dispensando el rigor de la prueba sobre la venta de la droga por la sociedad demandada, sobre su caducidad o vencimiento de la actividad, etc., ella no pudo ser la causa de los perjuicios de que se queja la demandante y sobre los cuales ha versado el presente juicio".

LA IMPUGNACION

Se formulan cuatro cargos que la Corte estudia a continuación y separadamente.

Tercer cargo

En orden lógico ha de estudiarse en primer término el tercer cargo, pues si prospera no habría lugar al examen de los demás.

Se hace consistir en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes; y para fundarlo se dice que la acción se intentó alegando haberse cometido un delito o culpa que ha inferido daño, cuya indemnización se impetra; pero la sentencia estima que el hecho se halla comprendido por las disposiciones de los artículos 1915 y 1918 del C. C. "Falló en disonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", dice el recurso.

A lo cual la Corte observa: que este cargo no cabe en la esfera de la causal segunda de casación, porque la sentencia del Tribunal es plenamente absolutoria de la entidad demandada, quien se opuso a las pretensiones del actor, con lo que brilla al ojo la congruencia del pronunciamiento. Ya lo tiene dicho la Corte en jurisprudencia reiterada hasta la saciedad, que "siendo absolutorio el fallo de instancia no es pertinente invocar contra él la causal de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes si ellas han sido negadas en su totalidad". (23 julio 1945, LIX, pág. 358; 12 Dbre. 1955, LXXXI, pág. 723; 13 Dbre. 1956, LXXXIII, pág. 915; 11 mayo 1964, CVII, 1ª parte, pág. 153).

No prospera este cargo.

Cargos primero y segundo

Se examinan en conjunto por su similitud y casi igualdad.

Se afirma en el primero, que la sentencia "viola directamente las disposiciones sustantivas, señaladas en el Código Civil, con los números de orden 4, 6, 9, 66, 1523, 16 de la Ley 153 de 1887; el artículo 269 del Código Penal, el 3º del Decreto 534 de 1945, y los Decretos números 1099 de 1930 y 1174 de 1945, por infracción directa e interpretación errónea o sea por la causal primera, estatuída en el artículo 520 del Código Judicial".

Para fundar el primer cargo se expresa que el artículo 4º citado enseña que la ley es una declaración para mandar, prohibir, permitir o castigar; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art. 9º); que las leyes no pueden derogarse por convenios particulares si en su observancia están interesados el orden y las buenas costumbres (art. 16); que hay ilicitud en todo contrato prohibido por la ley (art. 1523); que el artículo 269 del Código Penal prohibe y castiga la venta de sustancias medicinales dañadas o alteradas; que el Decreto Extraordinario 534 de 1954, artículo 3º, consagra igual prohibición. Que por todo ello la sentencia acusada viola las normas dichas al pretender "validar un hecho delictuoso, como es la venta del antibiótico 'Seclopen', con vigencia expirada, es decir, cuando había perdido su virtualidad curativa..., considerándolo como un acto legítimo y contractual".

Y concluye: "No vale pues, la tesis del Tribunal, que aun cuando es verdad, que el antibiótico se estaba expendiendo públicamente con vigencia expirada, éste no había perdido su eficacia profiláctica sino en parte. Porque lo prohibido es darlo a la venta con vigencia expirada, porque la ley, presume que se atenta contra la salud pública... Como consecuencia si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá fundó, sostuvo y decidió, en la sentencia acusada la validez contractual de un hecho delictuoso, infringió directamente las disposiciones sustantivas que analizamos anteriormente, y las interpretó erróneamente".

Para basar el segundo cargo se dice:

"En efecto: el Tribunal funda la sentencia acusada en las disposiciones contenidas en los artículos 1915 y 1918 del C. C. por estimar que se trata de un negocio lícito de compra-venta e insinúa, que por ejercer la sociedad demandada, negocios mercantiles, podría ser de aplicación el artículo 264 del Código de Comercio Terrestre. Pero sea de ello, lo que fuere, lo único evidente es que este proceso no puede fallarse, sobre el presupuesto de comercio, como quiera que la precitada disposición previene, que sobre los vicios ocultos de la venta, el Juzgador debe aplicar las normas pertinentes, en el título de la compraventa civil.

"Para configurar el cargo, nos vemos obligados, a recapitular, los términos como el Tribunal, establece los vicios redhibitorios en las operaciones de Tipo Civil o Comercial, para explicarlos, a la venta del antibiótico 'Seclopen' con vigencia expirada, materia de esta acción".

Hace en seguida el recurso un comentario al análisis de las pruebas efectuado por el Tribunal, para expresar su discrepancia con él, especialmente con la relación y concatenación de ellas que le sirve al fallador para llegar a las conclusiones que adopta.

Volviendo al examen de la violación de normas de derecho, el recurso dice:

"No puede compartirse la decisión del Tribunal, porque como lo demostramos en la causal primera, las droguerías no pueden dar a la venta drogas dañadas ni antibióticos con vigencia expirada, por prohibición terminante de la ley (art. 6 C. C.), sin que le sea dado al Juzgador, establecer si había perdido parte o totalmente su eficacia profiláctica o curativa, ni la 'pérdida de sus virtudes' hecho más evidente contra la norma, si se tiene en cuenta, que la casa fabricante así lo pone de presente a sus posibles consumidores. Porque el artículo 66 ibidem, establece clara y terminantemente, que si los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción, son determinados por la ley, la presunción se llama legal. De consiguiente si la ley ordena y prohibe que no debe darse a la venta públicas antibióticos con vigencia expirada, al desconocer la sentencia este mandato, viola directamente tal disposición, y de paso el artículo 269 del Código Penal, que considera delictuoso el acto, como quiera que no le es dado al Tribunal, validar un acto ilícito, y debemos agregar que el artículo 1523 ibidem, concuerda con el 6º por cuanto allí se preceptúa, que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al sujetar el caso, a las normas estatuídas en los artículos 1915 y 1918 del C. C., las viola directamente, por aplicación indebida e interpretación

crónica, pues otro es el estatuto que reglamenta la materia".

Y termina así:

"Pero aún aceptando que las normas civiles señaladas por el Tribunal, o sean los artículos 1915 y 1918, fueran las pertinentes a dosatar la cuestión sub-lite, haciendo válida y legítima la venta del 'Seclopen' con vigencia expirada, tendríamos que llegar a la conclusión, que el Tribunal las interpretó erróneamente, como quiera que allí se consagran los vicios redhibitorios o sea que 'la cosa vendida no sirva para su uso natural o sirva imperfectamente' conocido lo cual no se hubiera comprado la cosa, y si ésta lo mismo que la norma mercantil, señalada por el Juzgador como pertinente (art. 204), no pudiendo ignorarse el vicio por la 'profesionalidad' de la droguería, en último término por culpa o negligencia, ha debido el Juzgador desembocar en la condenación de perjuicios, como lo hizo el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, en la sentencia de primera instancia, aun cuando por otras vías legales, o sea por la extracontractual. (Til. 34 L. 4º C. C.).

"Por este cargo, es manifiestamente evidente, que el Tribunal, violó directamente las normas sustantivas, en las cuales pretendió fundar el fallo, y las interpretó erróneamente".

SE CONSIDERA:

A). Hay una relación estrecha entre el análisis que la sentencia acusada realiza de los varios elementos de prueba y la conclusión a que llega, basada en la ponderación de esos medios probatorios respecto a la no prosperidad de la acción.

El recurso subraya muy particularmente algunos puntos comprendidos por esas pruebas, como el de la ineficacia de un producto farmacéutico después de expirada su vigencia, afirmando que la sola venta del producto cuando aquella ha terminado cambia a éste en una droga alterado y necesáriamente perjudicial para la salud. Sobre estos puntos y otros contemplados por las pruebas como el de la parte que correspondió al facultativo que prescribió la droga en circunstancias de un presumible avance de la infección que no dio tiempo para la aplicación de las tres inyecciones prescritas del antibiótico, sino apenas la de una, determinando y practicando la intervención quirúrgica al comienzo de la aplicación de la droga, el sentenciador de segunda instancia elabora un razonamiento que lo lleva finalmente a la conclusión absolutoria de los cargos planteados en la demanda.

El fallo acusado estudia los varios extremos que resultan de las pretensiones de las partes y aprecia los hechos que a su juicio fundamentan su decisión: a) no está acreditado en los autos que la droga 'Seclopen' que se afirma se aplicó por empleados de la Droguería Nueva York, Sucursal de la carrera 17, número 50-83, en el mes de febrero de 1955, a la actora, fue la misma que aparece comprada en la carrera 7ª número 24-05, o en la carrera 9ª, calle 26; b) admitiendo en hipótesis que ello estuviese probado, el Laboratorio Samper Martínez, al analizar la actividad de drogas de esta clase cuya vigencia había expirado, el 4 de octubre de 1955, es decir ocho meses después de la aplicación a la señora demandante, estableció que "hay una disminución de un 8% de la potencia de las muestras con fecha de expiración vencida, con respecto a un patrón fresco" (fl. 64 Cd. 1), lo que hace suponer que en febrero de 1955 debía tener una actividad mayor al 92%; c) cuando se practicó la intervención quirúrgica a la señora demandante el 17 de febrero de 1955, a las 10 y 15 a. m., sólo se había aplicado una de las inyecciones prescritas; d) de donde deduce el fallo que la presunta ineficacia de la droga se debió no sólo a una posible disminución de su poder, estimado en una norma apenas de un ocho por ciento (8%) de su valor corriente, sino a la no aplicación de la cantidad prescrita para detener la infección, ya muy avanzada, cuando aquella se prescribió y aplicó.

En la parte transcrita del fallo del Tribunal se dan las razones que éste encontró como fundamento de su decisión para concluir que no obstante el examen de los diversos factores o elementos de juicio propuestos por la demanda, no prospera la responsabilidad que se pretende a cargo de la sociedad demandada; considerando cada uno de los dichos elementos de juicio, establecidos por los medios de prueba aportados al proceso. El Tribunal analiza esos varios elementos que constituyen la prueba, y deduce la consecuencia a que llega, de absolución de la parte demandada.

Se hacen las consideraciones anteriores no precisamente por haberse acusado el fallo, en en los cargos primero y segundo, por error en la apreciación de la prueba, sino para estimar y entender la posición en que se coloca el Tribunal al proferir la setencia objeto del recurso.

Sobre los hechos, tales y como los apreció el Tribunal, encuentra la Corte que aquél aplicó

acertadamente el derecho, vale decir que no fueron violadas por el sentenciador las disposiciones sustanciales a que estos dos cargos se refieren.

B). Por lo que toca al enjuiciamiento del caso que la sentencia hace colocándolo dentro de las disposiciones de los artículos 1915 y 1916 del Código Civil, la Corte no encuentra reparo alguno, puesto que la responsabilidad del demandado, si existiese, cabría legalmente dentro de los preceptos citados, que contemplan el hecho de la venta de un producto farmacéutico con vicios redhibitorios, y que daría entrada a una indemnización por perjuicios si se hubiesen demostrado los presupuestos exigidos por los preceptos legales citados. Que ello no ocurre es conclusión que resulta del estudio que el Tribunal hace de las pruebas; y no podría la Corte en casación repetir ese análisis probatorio propio del sentenciador de instancia.

No prosperan los dos primeros cargos examinados.

Cuarto cargo

Se propone manifestando que se acusa la sentencia del Tribunal "por apreciación errónea, de un ANALISIS, practicado sobre el antibiótico Seclopen, por el Instituto Nacional Samper Martínez, y por falta de apreciación del concepto científico del mismo Instituto, explicativo de tal análisis; de la sentencia proferida por el Ministerio de Salud Pública, con fecha 2 de marzo de 1955; del concepto de expertos-médicos, cuyo dictamen fue provocado por la propia compañía demandada; y las fórmulas y concepto de ginecólogo, Ramírez Merchán, violando las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 473, 474, 705, 722, 731, y el artículo 1769 del C. C., o sea la propia confesión del demandado, o sea por la causal primera inciso 2º del art. 520 del C. J.".

Para fundar el cargo hace una exposición a al cual pertenecen los pasajes que en seguida se copian:

"La parte demandada presentó con la contestación de la demanda un "Análisis" practicado por el Instituto Nacional Samper Martínez con fecha 4 de octubre de 1955, que dio el siguiente resultado, sobre el examen del antibiótico Seclopen: 'Hay una disminución de un 8% en la potencia de las muestras, con fecha de expiración vencida, con respecto a un patrón fresco. A. Lleras'.

"Como sobre este análisis funda el fallo el Tribunal, conviene analizarlo con algún detenimiento, pues lo enfrenta a múltiples pruebas, practicadas en esta causa...

"b)—Se practicó a espaldas del actor, por manera que si no concurrió a él, debe tenérsele como un simple indicio, a más de haber podido quien lo solicitó, oponerle a los empaques, que anota la expiración del antibiótico, a otro lote del ya decomisado y materia de juzgamiento, por sentencia proferida por el Ministerio de Salud Pública (C. 1, folios 18 y ss.) que lleva fecha 2 de marzo de 1955. Y si esta sentencia se ejecutorió, pues contra ella no se interpuso recurso alguno, lo decidido allí, o sea que la Droguería Nueva York estaba dando a la venta pública el antibiótico con vigencia expirada, hecho que se consideró como delictuoso y contrario a la salud pública, el Ministerio, no podía reponerse con análisis, que se hizo valer contra el fallo (arts. 466, 473 del C. J.), al darle el Tribunal prevalencia al análisis sobre la sentencia, violó directamente las disposiciones citadas, si además se trataba del mismo asunto y entre las mismas personas...—.

"d)—Y que la pretendida prueba carece de todo mérito, se hace evidente, en presencia de la parte resolutiva y motivación de la Sentencia proferida por el Ministerio de Salud Pública, precitada, pues concluye: 'PRIMERO.—Confirmar el decomiso del producto Seclopen, efectuado en Bogotá, Medellín y demás ciudades del país, por carecer de fecha de expiración en el empaque exterior y estar vencida la impresa en el rótulo del frasco...'.

"Y si la queja ante el Ministerio se formalizó por la señora de Chaves, como directa agraviada, con la venta del antibiótico, con vigencia expirada, y se produjo la citada sentencia, versando sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, surte los mismos efectos, en el presente, como se trata del juzgamiento del mismo antibiótico...—.

"De estas pruebas, se deduce que el Tribunal comete un triple error de hecho y de derecho; hacer primar un simple análisis, simple prueba indiciaria, contra una sentencia ejecutoriada; supedita el concepto científico y técnico, al simple análisis; desconoce la existencia de la prueba de inspección ocular, su práctica y modalidades, al mismo análisis, para catalogarlo como prueba, con violación de las normas citadas".

Más adelante el recurso se refiere al concepto pericial de los médicos Jaime Corral Maldonado,

Pablo E. Díaz Piedrahita y Alberto Bernal Arévalo.

SE CONSIDERA:

El cargo, como en él se dice, se refiere a la apreciación que el recurso estima errónea hecha por el Tribunal, de varias pruebas, como el "análisis" del antibiótico Seclopen por el Instituto Samper Martínez, de la que se llama "sentencia" proferida por el Ministerio de Salud Pública, del concepto de expertos médicos y de las fórmulas del ginecólogo doctor Ramírez Merchán, "violándose las disposiciones sustantivas, contenidas en los arts. 473, 474, 705, 722 y 731, y el artículo 1769 del C. C.".

La Corte, obrando con amplitud en el estudio de este cargo del recurso, ha encontrado que posiblemente los artículos 473, 474, 705, 722 y 731 que se citan, no son del Código Civil, sino del Código Judicial, pues los dos primeros tratan de la cosa juzgada, a la cual se refiere el recurrente, y los artículos 705, 722 y 731 versan sobre la intervención de peritos, el dictamen de éstos y las inspecciones oculares, puntos contemplados por el recurso. Así considerado éste, lo examina la Corte.

1.—Hay en el expediente un extenso alegato de conclusión, de folios 65 a 74 del cuaderno Nº 1, en que se plantea exactamente las mismas cuestiones que ahora se pretende revivir en casación. El escrito fue presentado al Juez y en él se trata la materia bajo los siguientes títulos: CONCEPTUACION DEL DOCTOR RAMIREZ MERCHAN; PROCESO ANTE EL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA; LITIS CONTESTATIO; PRUEBA PERICIAL; CUESTIONARIOS A LOS MEDICOS CORRAL MALDONADO, DIAZ PIEDRAHITA Y BERNAL AREVALO. Y termina el memorial con varias conclusiones, que son las mismas que ahora se quiere hacer valer, en el recurso extraordinario, sobre el mérito de dichas pruebas, según el criterio expresado por el actor en las instancias del juicio y que repite el recurrente en casación.

2.—La argumentación que se hace ante la Corte destaca de modo principal que el haberse dado por el Tribunal al "análisis" aducido como prueba por el demandado el valor que el sentenciador le otorga, es contrario al estatuto jurídico sobre la cosa juzgada, estimando que la decisión del Ministerio de Salud Pública es un fallo de la misma categoría que las sentencias proferidas por los jueces. El Ministerio de Salud apenas dictó una Resolución por la cual se confirman unos decomisos y se hace un apercibimiento, en diligencias adelantadas a solicitud de interesado. La Resolución termina así: "RESUELVE:— PRIMERO.—Confirmar el decomiso de los productos Seclopen efectuado en Bogotá, Medellín y demás ciudades del país, por carecer de fecha de expiración en el empaque exterior y estar vencida la impresa en el rótulo del frasco. SEGUNDO.—Apercíbese a los representantes CELTA LTDA distribuidores del producto Seclopen, de la obligación de proceder a recoger del comercio de todo el país el producto citado que no tenga fecha de expiración en el empaque exterior o que esté vencido, para ello se les concede un término improrrogable de treinta días a partir de la notificación de la presente providencia. TERCERO.—Si se comprobare que continúan renuentes al cumplimiento de la presente Resolución, se procederá a aplicar las sanciones pertinentes con los agravantes de la reincidencia. Cópiese, notifíquese y cúmplase". (Folios 22 v— a 23, Cd. Nº 1).

La Resolución no se puede equiparar a una sentencia. Refiriéndose a la cosa juzgada el artículo 473 del Código Judicial y al expresar que la cosa juzgada hace nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes, advierte que ello es sin perjuicio de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial. Se refiere la ley claramente a *dos juicios*. Y luego el artículo 474 ibidem expresa que para que la cosa juzgada surta efecto "en otro juicio", se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera. No hay pues duda alguna de que al decir el Código que la cosa juzgada se produce cuando con posterioridad a un juicio se sigue otro sobre la misma materia y entre las mismas partes, el presupuesto de la cosa juzgada exige que se haya terminado un juicio y luego se promueva demanda y se produzca fallo en otro juicio, en las condiciones anotadas. Tal cosa no ocurre en el caso en examen porque la Resolución del Ministerio de Salud se dictó en un trámite administrativo, no jurisdiccional y la decisión que se adoptó por medio de ella se profirió sin juicio contradictorio. Además ha de observarse cómo la Resolución del Ministerio de Salud se limita a un apercibimiento para que se retiren del comercio en determinado plazo unas drogas cuya vigencia de efectividad se hallaba expirada, sin que ese hecho apareciera indicado en el rótulo externo del producto sino en el interno del frasco correspondiente; y que tal apercibimiento se hace no a

la Droguería Nueva York S. A., demandada en este juicio, sino a la firma CELTA LTDA., distribuidores en Colombia del antibiótico Seclopen.

3.—Estas breves consideraciones sobre un extremo de las pruebas, le permite a la Corte deducir que la sentencia acusada no altera la verdad esencial de los hechos en que ese extremo probatorio se apoyó.

En cuanto a la estimación en sí misma de la prueba, para ir hasta las conclusiones a que llegó el fallo, la Corte debe respetar la autonomía de apreciación que le corresponde al fallador en la segunda instancia. Entrar pormenorizadamente en la calificación de los medios de prueba que tuvo a su disposición la sentencia, invadiría, como se ha dicho, el campo propio del Tribunal y equivaldría además a convertir el recurso extraordinario en algo así como una tercera instancia, lo que repugna a la índole de casación.

Tampoco prospera este cargo.

RESOLUCION

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha seis (6) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), dictada en el juicio ordinario de Graciela Chaves de Gallo contra la Droguería Nueva York, S. A.

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, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SIMULACION Y RESCISION

En cualquiera de estas acciones, los herederos de quien contrató en vida están legitimados en causa para incoarlas.—Prueba de la simulación cuando ésta se ejercita como acción heredada.—Los bienes sociales y los de la herencia se separan en el acto de la partición sucesoral.

1.—Los herederos de una persona difunta están legitimados para demandar en acción de simulación o de rescisión a quienes contrataron con su causante, porque dichas acciones forman parte de la universalidad de bienes transmisibles por causa de muerte y se fijan en cabeza de los sucesores universales, como cualquier otro bien susceptible de ser transmitido mortis causa. Las acciones se heredan, como los demás bienes transmisibles del difunto. Sobre el particular, puede verse lo expuesto por la Corte en casación de 19 de diciembre de 1962, (Juicios acumulados de José Tomás y Francisco Romero Turriago contra Jesús y Primitivo Agudelo Romero), al resolver un caso similar al de autos.

2.—A la muerte de una persona se forma una comunidad universal destinada a liquidarse, y es en el juicio de sucesión correspondiente en donde, al verificarse la partición, ha de hacerse la respectiva separación de patrimonios, entre los bienes sociales y los de la herencia.

3.—Los demandantes, en el sub-lite, no han comparecido al juicio en defensa de un interés propio, como legitimarios, sino en su calidad de herederos de una hermana legítima, en ejercicio de una acción que encontraron en el patrimonio de ésta y que les ha sido transmitida mortis causa. Es decir, actúan en representación de una de las partes contratantes, y como el acto cuya simulación se demanda consta por escrito, deber suyo era demostrar, también por escrito, la simulación, o por medio de una prueba de igual categoría, como sería la confesión del otro contratante, o un principio de prueba por escrito complementado por otros medios. Esta interpretación se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y el segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte.

Por no ejercer una acción propia en defensa de una asignación forzosa, sino una acción heredada, los actores no gozan de libertad de medios probatorios para acreditar la simulación, y debían ameritarla con prueba de igual eficacia a la del acto escrito, como ya se expresó.

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso el apoderado de la parte demandante en este juicio, respecto de la sentencia de 25 de febrero de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

— I —

ANTECEDENTES

1.—Eulalia Romero contrajo matrimonio católico en la Iglesia Parroquial de Fómeque el 18 de agosto de 1919, con el señor Primitivo Gutiérrez (fl. 24, c. 3).

2.—Mediante la escritura pública número 554 de 26 de agosto de 1923 de la Notaría de Fómeque, registrada el primero de septiembre del mismo año en el libro Nº 1º, tomo 2º, partida Nº 557, Eulalia compró a Antonio Romero Turriago, en común con Tomás Romero, la nuda propiedad de un terreno denominado "Las Palmas", alindado como se expresa en el título, en el cual consta que el marido de la nombrada Eulalia, la autorizó para el contrato y en prueba de ello firmó también la escritura.

3.—Por escritura pública número 574 de primero de septiembre de 1939, de la misma Notaría, Tomás y Eulalia verificaron la partición

extrajudicial del lote de terreno por ellos comprado a Antonio Romero Turriago, correspondiéndole a Eulalia el lote llamado "San Antonio", determinado por linderos especiales, señalados en el título.

4.—Por escritura número 433 de 6 de julio de 1955, también de la Notaría de Fómeque, Eulalia Romero de Gutiérrez transfirió a título de venta, en favor de los esposos Pedro Pablo Velásquez y Rosa Tulia Mancera, un lote que hizo parte de la finca de "San Antonio", de la jurisdicción de Fómeque, lote al cual los adquirentes dieron el nombre de "El Triángulo", determinado así: "Partiendo de un mojón de piedra clavado a la orilla del camino que conduce a "Paval", se sigue por todo este camino hasta encontrar un mojón clavado al pie de una mata de borrachero, lindando con propiedad de Tomás Romero; de aquí se vuelve a la izquierda a encontrar un mojón de piedra clavado al pie de una piedra natural; de aquí se sigue en recta por cerca de alambre, hasta encontrar otro mojón de piedra que está clavado en un altico; de aquí se sigue en recta hasta encontrar otro mojón de piedra clavado en una lomita, lindando con propiedad de Tomás Romero; de este último mojón se sigue hasta encontrar el mojón clavado al pie de un aguacuín, lindando con propiedades de Ester Romero; de aquí se sigue de para abajo por toda una bocachamba hasta encontrar el mojón citado como punto de partida y encierra, lindando con propiedad de Primitivo Agudelo". Consta en ese título que Rosa Tulia Mancera aceptó la escritura en su propio nombre "y en el de su esposo Pedro Velásquez, quien se halla ausente, para sí y para su citado esposo, por partes iguales".

5.—Eulalia Romero de Gutiérrez falleció el 21 de enero de 1956, y en el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión correspondiente, habiendo sido reconocidos como herederos de la causante, en su calidad de hermanos legítimos, Francisco y Tomás Romero Turriago.

— II —

EL LITIGIO

6.—En su condición de herederos de Eulalia Romero de Gutiérrez, los nombrados Francisco o José Francisco y Tomás o José Tomás Romero Turriago, demandaron, para la sucesión de aquélla, a Pedro Pablo Velásquez y Rosa Tulia Mancera de Velásquez, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario, se declare:

a).—La simulación del contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 433 de 6 de julio de 1955, de la Notaría de Fómeque, contrato según el cual la causante dijo vender a Rosa Tulia Mancera de Velásquez y ésta dijo comprar, para sí y para su esposo Pedro Pablo Velásquez, el lote de terreno denominado "El Triángulo", que hizo parte de la finca de "San Antonio", determinado por los linderos relacionados en la escritura;

b).—La declaración de pertenecer a la sucesión ilíquida de Eulalia Romero de Gutiérrez, el inmueble de "El Triángulo", por no haber realizado quienes firmaron la escritura número 433 citada, el contrato de compraventa que allí aparece, sino otro cualquiera, encaminado a distribuir en vida los bienes de la vendedora aparente, con el fin de evitar el juicio de sucesión y ocasionar un desheredamiento ilegal;

c).—En consecuencia, pidieron que se condene a los demandados a restituir o entregar a la sucesión ilíquida de Eulalia Romero de Gutiérrez, representada por los demandantes, el referido inmueble, con sus frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos sino los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniéndolo en su poder;

d).—Subsidiariamente solicitaron la declaración de rescisión del contrato de que trata la petición primera principal, por causa de lesión enorme; y que, en consecuencia, se condene a los demandados a restituir a la sucesión de Eulalia Romero, el inmueble de que se ha hecho referencia, libre de todo gravamen, con sus frutos naturales y civiles, regulados según tasación de peritos, o en abstracto, si no se hiciere esa regulación.

Dice la demanda que estando Eulalia Romero de Gutiérrez gravemente enferma, hizo llamar a la demandada Rosa Tulia Mancera de Velásquez para otorgarle, ante el Notario de Fómeque, la escritura número 433 de 6 de julio de 1955, en la que dijo venderle, para ella y para su esposo, Pedro Pablo Velásquez, el lote de "El Triángulo", materia de la demanda; que lo expresado en dicha escritura es inexacto, porque la realidad es que no hubo precio, ni intención de transferir ni de adquirir el dominio del inmueble por ese medio; que tan pronto como Eulalia falleció, los demandados entraron a ocupar el terreno materia de la venta simulada, y lo poseen actualmente; y que el precio fijado en la escritura de venta es irrisorio, y en todo caso

muy inferior a la mitad del valor que el inmueble tenía el día del otorgamiento de tal escritura.

Los demandados se opusieron a que se hiciesen las declaraciones solicitadas, manifestando que el contrato era verdadero; expresaron que el terreno fue ocupado por ellos desde el mismo día en que lo adquirieron legítimamente, y que el precio no fue irrisorio, sino un precio justo.

7.—El Juez Civil del Circuito de Cáqueza, funcionario del conocimiento, puso término a la primera instancia del juicio declarando probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, y, como consecuencia, dijo que no era el caso de hacer ninguna de las declaraciones impetradas.

El apoderado de la parte demandante apeló y el Tribunal Superior de Bogotá, al decidir el recurso, revocó el fallo del Juzgado y en su lugar declaró la inhibición para entrar a resolver en el fondo el derecho discutido, según sentencia de 25 de febrero de 1964, materia de impugnación.

— III —

CONSIDERACIONES DEL FALLO ACUSADO

8.—Partiendo de la base de que Eulalia Romero de Gutiérrez contrajo matrimonio en 1919 y que el lote de terreno vendido por ella a los demandados hizo parte de la finca de "San Antonio", que le correspondió a la nombrada Eulalia en la partición del predio llamado "Las Palmas", por ella comprado con Tomás Romero, a Antonio Romero, en 1923, el Tribunal estimó que el inmueble objeto de la demanda pertenecía a la sociedad conyugal que Eulalia Romero formó con Primitivo Gutiérrez, disuelta por muerte de aquélla; y que, por tanto, ha debido demandarse para la referida sociedad conyugal.

Dice así, en lo pertinente, el fallo del Tribunal:

"En autos aparece la partida de matrimonio contraído por Eulalia Romero con Primitivo Gutiérrez en el año de 1919.

"Por escritura pública Nº 554 de fecha 26 de agosto de 1923, otorgada en la Notaría de Fómeque, Eulalia Romero de Gutiérrez y Tomás Romero compraron a Antonio Romero un terreno proindiviso, llamado 'Las Palmas', ubicado en el Municipio de Fómeque, y luego por escritura Nº 574 de 1º de septiembre de 1939, de la Notaría mencionada, se hizo la partición material del terreno comprado, y correspondió a Eulalia Romero, un lote de terreno denominado 'San Antonio', del cual hizo parte el terreno llamado 'El Triángulo'...

"La nombrada señora Romero de Gutiérrez falleció en el año de 1956 y su sucesión se adelanta en el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza...

"Al tenor del artículo 1774 del Código Civil, a falta de capitulaciones matrimoniales, se entiende contraída una sociedad conyugal por el simple hecho del matrimonio. Y el art. 1781, numeral 5º, expone que pertenecen a dicha sociedad los bienes que adquiera cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio a título oneroso, y también el dinero que cualquiera de ellos aportare o adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución en forma legal. El art. 1783, dispone qué bienes no entran a formar parte del haber social, como son los adquiridos por subrogación, los adquiridos con dinero destinado en las capitulaciones matrimoniales, las donaciones adquiridas por causa de matrimonio y los aumentos materiales de bienes propios de los cónyuges.

"De manera que el inmueble adquirido por Eulalia Romero de Gutiérrez en 1923, siendo ella casada, entró a formar el haber social...

"Por tanto, el referido inmueble, materia de este pleito, perteneció a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Primitivo Gutiérrez y Eulalia Romero, y al disolverse tal sociedad, en virtud de la defunción de la esposa nombrada, pertenece a la sociedad conyugal disuelta e iliquida, y en tal forma ha debido incoarse la presente demanda; pero como no se hizo así, sino que se entabló únicamente a nombre de la herencia de Eulalia Romero de Gutiérrez, no está ajustada a la ley, se ha presentado el fenómeno jurídico procesal de falta de un presupuesto necesario a las acciones incoadas por la actora y, por consiguiente, el juzgador no puede entrar a resolver en el fondo el derecho planteado en esta acción, ya que, como antes se anotó, ha debido demandarse para la sociedad conyugal iliquida, y no para la herencia de Eulalia Romero de Gutiérrez. En tales circunstancias, no pudiéndose definir el derecho en el fondo, corresponde dictar un fallo inhibitorio, y no declarar la excepción de 'ilegitimidad de personería de la parte actora', como lo hizo el Juez de primera instancia en la sentencia que se revisa".

— IV —

LA IMPUGNACION

9.—Con apoyo en la causal primera de casación el recurrente hace tres cargos contra el fallo del Tribunal, de los cuales la Corte se limita a examinar el primero de ellos por hallarlo susceptible de prosperar, no obstante estar deficientemente formulado.

El cargo es por violación directa de los artículos 1325 del Código Civil y 21 de la Ley 45 de 1936.

Dice la censura que el artículo 1325 del Código Civil concede al heredero, de manera expresa, el derecho a hacer uso de la acción reivindicatoria sobre las cosas reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos; y que, desconociendo, como lo hace la sentencia, el derecho del heredero a pedir para la sucesión "con el pretexto de que ha debido pedir para la sociedad conyugal, que es o puede ser otro de los comuneros, se pone en pugna con los preceptos que invoco como infringidos, violación que debe ser motivo a que sea casada la sentencia".

La Corte considera:

10.—Los herederos de una persona difunta están legitimados para demandar en acción de simulación o de rescisión a quienes contrataron con su causante, porque dichas acciones forman parte de la universalidad de bienes transmisibles por causa de muerte y se fijan en cabeza de los sucesores universales, como cualquier otro bien susceptible de ser transmitido mortis causa. Las acciones se heredan, como los demás bienes transmisibles del difunto.

En similar caso al de estos autos, la Corte expresó:

"Trátese de acción de simulación, de resolución o rescisión, los herederos de quien contrató en vida, están legitimados en causa para incoarlas, ya que haciendo tales acciones parte de la universalidad transmisible del causante; se fijan en cabeza de los sucesores universales como los demás bienes. Basta, pues, la vocación hereditaria de herederos forzosos, o simplemente legales o testamentarios, para que quien goce de ella tenga interés jurídico para ejercer las acciones que tenía su antecesor y pueda ejercitarlas en las mismas condiciones que éste podría hacerlo si viviera". (Casación de 19 de diciembre de 1962, recaída en los juicios acumulados de José Tomás y Francisco Romero Turriago contra Jesús y Primitivo Agudelo Romero, aún no publicada en la *Gaceta Judicial*).

Así, pues, muerta Eulalia Romero de Gutiérrez sus herederos podían demandar la simulación o la rescisión del contrato o acto atacado. Lo hicieron para la sucesión de la nombrada Eulalia, representada por los demandantes, en ejercicio de un interés legítimo, como herederos reconocidos; y al obrar así, ciertamente, lo han hecho también en razón de su personal interés en la sociedad conyugal disuelta y necesariamente para ésta, en forma implícita, cuyo patrimonio, destinado a liquidarse en el juicio de sucesión de la causante, daría los gananciales correspondientes a la sucesión de la finada y al cónyuge supérstite.

A la muerte de una persona se forma una comunidad universal destinada a liquidarse, y es en el juicio de sucesión correspondiente en donde, al verificarse la partición, ha de hacerse la respectiva separación de patrimonios, entre los bienes sociales y los de la herencia.

Por consiguiente, no podría afirmarse que, en el sub-lite, por el hecho de demandarse únicamente para la sucesión de Eulalia, quedasen desconocidos los derechos que pudieran corresponderle al cónyuge supérstite, en los gananciales de la sociedad conyugal que éste formó.

Está comprobado en autos que los demandantes tienen la calidad de hermanos legítimos de la finada Eulalia Romero de Gutiérrez y en ese carácter fueron reconocidos como herederos de ella en el juicio de sucesión intestada, abierto en el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza el 3 de mayo de 1956 (f.l.c.l.); luego no puede remitirse a duda que el fallo impugnado al desconocerles su capacidad para demandar para la sucesión de la nombrada Eulalia, a pretexto de que han debido demandar también para la sociedad conyugal que la causante formó con Primitivo Gutiérrez, quebrantó directamente el artículo 21 de la Ley 45 de 1936, que consagra el derecho de los actores a suceder en todos los bienes transmisibles a su hermana difunta en concurrencia con el cónyuge sobreviviente.

Por tanto, la sentencia debe ser infirmada para sustituirla por la decisión de mérito a que haya lugar.

— V —

SENTENCIA DE INSTANCIA

11.—La acción principal de la demanda es para que se declare la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura número 433 de 6 de julio de 1955, de la Notaría de Fómeque, mediante la cual Eulalia Romero de Gutiérrez dijo vender a Rosa Tulia Mancera de Velásquez y ésta dijo comprar, para sí misma y para su esposo Pedro Pablo Velásquez, un lote de terreno denominado "El Triángulo", que formó parte de la finca de San Antonio, determinado por los linderos relacionados en el título.

Los demandantes, en el sub-lite, no han comparecido al juicio en defensa de un interés propio, como legitimarios, sino en su calidad de herederos de Eulalia Romero, en ejercicio de una acción que encontraron en el patrimonio de ésta y que les ha sido transmitida *mortis causa*. Es decir, actúan en representación de una de las partes contratantes, y como el acto cuya simulación se demanda consta por escrito, deber suyo era demostrar, también por escrito, la simulación, o por medio de una prueba de igual categoría, como sería la confesión del otro contratante, o un principio de prueba por escrito complementado por otros medios. Esta interpretación se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y el segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, como lo ha dicho la Jurisprudencia de la Corte.

Por no ejercer una acción propia en defensa de una asignación forzosa, sino una acción heredada, los actores no gozan de libertad de medios probatorios para acreditar la simulación, y debían ameritarla con prueba de igual eficacia a la del acto escrito, como ya se expresó. Tal prueba no obra en autos, pues aun cuando Pedro Pablo Velásquez y Rosa Tulia Mancera absolvieron posiciones, a petición de la parte demandante, en ellas sostuvieron la seriedad del contrato de cuya simulación se trata, celebrado con Eulalia Romero de Gutiérez.

No prospera por consiguiente, la simulación demandada.

12.—En lo referente a la acción rescisoria por lesión enorme, incoada en la demanda como subsidiaria, es evidente que en la cláusula tercera de la escritura de compraventa número 433 de 6 de julio de 1955, de la Notaría de Fómeque, el precio de la negociación se fijó en la suma de dos mil trescientos pesos ($ 2.300) moneda corriente.

Por otra parte, a los folios 39 y 40 del cuaderno número 2, referente a las pruebas de la parte actora, obra el dictamen pericial pedido oportunamente y decretado en la primera instancia del juicio, según el cual el precio que tenía el inmueble en la fecha de la venta era de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal.

Los peritos dicen, en efecto: "Identificamos y recorrimos el terreno que alindera la citada escritura número 433 de fecha 6 de julio de 1955, de la Notaría de Fómeque, linderos que coinciden tanto con los consignados en la inspección ocular verificada en el juicio, como con los que trae dicha escritura. Se halla situado en la sección de 'Paval', de la jurisdicción de Fómeque. Tiene una extensión aproximada de cinco fanegadas. Es tierra de buena clase, primera y segunda, con agua para regadío y para los usos domésticos y de mantenimiento de animales. Se halla dedicada a sementeras de arracacha, maíz y habas y pastos para el mantenimiento y engorde de animales. Dada su situación, las vías de comunicación con que cuenta, su capacidad de producción y el precio que tiene en la región la tierra de estas condiciones, lo avaluamos de común acuerdo en la suma de diez mil pesos moneda corriente ($ 10.000.00), que era el precio que tenía el inmueble el día seis (6) de julio de 1955, día del otorgamiento de la escritura que Eulalia Romero de Gutiérrez les hizo a los señores Pedro P. Velásquez y a su esposa Rosa Tulia Mancera de Velásquez".

Este dictamen fue objetado por el apoderado de la parte demandada en el juicio y previa la tramitación del incidente respectivo, las objeciones fueron declaradas infundadas.

Luego teniendo en cuenta la regulación pericial de que se ha hecho mérito y la suma recibida como precio de venta del lote objeto del negocio por la causante Eulalia, se concluye que el justo precio del bien, en la fecha del contrato, era superior en más de la mitad al precio que la vendedora recibió. No cabe duda, por tanto, que ésta sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa recogido en la escritura número 433 citada, que ha sido materia de la demanda, según el artículo 1947 del Código Civil.

En consecuencia, deberá decretarse la rescisión.

RESOLUCION

En atención a las consideraciones que se dejan 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, CASA la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio y como juzgador de instancia REVOCA la de primer grado y en su lugar,

RESUELVE:

1º — Deniégase la simulación demandada y, en consecuencia, absuélvese a Pedro Pablo Velásquez y Rosa Tulia Mancera de Velásquez de los cargos formulados en la acción principal de la demanda;

2º — Decrétase, por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora, la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre Eulalia Romero de Gutiérrez y Rosa Tulia Mancera, mediante la escritura pública número 433 de 6 de julio de 1955, de la Notaría de Fómeque, contrato conforme al cual la primera vendió a la segunda, quien dijo adquirir para sí misma y para su esposo Pedro Pablo Velásquez, por el precio de dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00) el globo de terreno denominado "El Triángulo", en la jurisdicción de Fómeque, determinado por los linderos indicados en la petición primera de la demanda;

3º — Déjase en salvo a favor de los compradores Rosa Tulia Mancera y Pedro Pablo Velásquez, el derecho a la opción que les confiere el artículo 1948 del Código Civil, respecto del cual deberán manifestar su determinación ante el Juez de primera instancia, dentro de los diez días siguientes al en que quede ejecutoriado el auto de obedézcase y cúmplase relativo a esta sentencia, siendo entendido que si dentro de ese término los demandados guardaren silencio, se mirará como que consienten en la rescisión decretada;

4º — Si no consintieren en la rescisión, los compradores Rosa Tulia Mancera y Pedro Pablo Velásquez completarán el justo precio del inmueble, que es de diez mil pesos ($ 10.000.00) con deducción de una décima parte; lo que sobre la base de dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00) recibidos por la vendedora como precio, arroja un saldo complementario de seis mil setecientos pesos ($ 6.700.00) cantidad esta última que los compradores deberán pagarle, con sus intereses legales causados desde la contestación de la demanda, dentro de los cinco días siguientes al en que los compradores hayan expresado su opción.

5º — Para el caso de que los demandados opten por la rescisión del contrato, se dispone lo siguiente:

a)—Los compradores Rosa Tulia Mancera y Pedro Pablo Velásquez restituirán a la sucesión de la vendedora Eulalia Romero de Gutiérrez el globo de terreno de "El Triángulo" a que se refiere el numeral segundo, completamente libre de gravámenes y derechos reales que sobre él hayan constituído, y le pagarán los frutos civiles y naturales del dicho inmueble a partir de la contestación de la demanda;

b)—La sucesión de la vendedora Eulalia Romero de Gutiérrez, representada por los demandantes, restituirá a los compradores Rosa Tulia Mancera y Pedro Pablo Velásquez, la cantidad de dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00) moneda corriente, que la vendedora recibió como precio de la venta, y sus intereses legales causados a partir de la contestación de la demanda;

c)—El importe de frutos de que trata el ordinal a) de esta reglamentación se fijará, en la ejecución de esta sentencia, mediante un incidente único conforme a lo dispuesto en los artículos 480 y 553 del Código Judicial;

d)—Como plazo para el pago de las prestaciones de que tratan los ordinales a) y b) de esta reglamentación, fíjase el de los cinco (5) días siguientes al en que quede ejecutoriado el auto por el cual se apruebe o regule la liquidación de frutos y mejoras en el incidente de que trata el ordinal inmediatamente anterior. Las recíprocas prestaciones serán compensables hasta concurrencia de sus valores y los demandados podrán hacer uso del derecho de retención en los términos de la ley;

f)—El Juez de primera instancia ordenará al Notario de Fómeque la cancelación de la escritura pública número 433 de 6 de julio de 1955, y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cáqueza la de la inscripción de la misma escritura, de modo que queden vigentes los registros anteriores a favor de Eulalia Romero de Gutiérrez, una vez que sus herederos hayan hecho a los demandados las restituciones correspondientes.

6º—Condénase a los demandados en las costas de la primera instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DONACION CON RESERVA DE USUFRUCTO

Nulidad absoluta y nulidad relativa.—Su origen y a quiénes compete alegarlas.—La nulidad establecida por el artículo 1458 del C. Civil es absoluta.—Donación de nuda propiedad.—Necesidad de que se demuestre su valor.—Finalidad del recurso de casación.—Causal 1ª—Deberes del recurrente.—No es dable acusar a la vez por error de hecho y de derecho, simultáneos, en la estimación de un mismo medio de prueba ni acusar a través del planteamiento global del problema probatorio.

1.—Por sabido se tiene que mediante el recurso de casación se somete a la sentencia de segunda instancia al juicio de la Corte Suprema, para que ésta, sin salirse de los precisos límites que le haya trazado la acusación, decida si el fallo recurrido viola la ley por uno cualquiera de los motivos formalmente propuestos, con fuerza por sí sola bastante para desquiciar ese pronunciamiento.

2.—Tratándose de la impugnación por la causal primera, en cuyo campo es de rigor que se muestre la infracción ya directa, ya indirecta, de la ley sustancial, es preciso que por el recurrente se ataquen todos los fundamentos de derecho de esta especie, sobre cualquiera de los cuales —aunque no hubiese sido expresamente considerado por el juzgador— pudiera la sentencia quedar en pie.

3.—Cuando el artículo 1458 del Código Civil preceptúa que "la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso", está instituyendo una nulidad absoluta, y no relativa como lo entendió el Tribunal. Porque, al paso que la última es la proveniente, ya de vicios del consentimiento, a cuyo lado se coloca la lesión en ciertos casos, ya de la falta de requisitos o formalidades exigidas por la ley en consideración a la calidad o estado de las personas que son partes en el respectivo acto, y sólo puede ser alegada por aquella de éstas en cuya protección la ha establecido la ley, la segunda o sea la nulidad absoluta es la producida, ya por la absoluta incapacidad de alguno de los otorgantes del acto, ya por una causa u objeto ilícito, ya por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor del negocio jurídico en consideración a la naturaleza del mismo, y no a la calidad o estado de las personas que lo acuerdan o en cuyo nombre se verifica (arts. 1741 C. Civ. y concts), y como nulidad que es de orden público puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello, pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley y aun ser declarada de oficio por el Juez, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (art. 2º Ley 50 de 1936).

Los motivos determinantes del requisito de la insinuación, según la mente del artículo 1458, se reflejan en la última parte del propio texto, que, revelando su carácter de norma de orden público civil, reza: "El Juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal". Entonces: que no vaya a tratarse de donaciones que tengan objeto o causa ilícitos (arts. 1502, 1521, 1523 y 1524 C. Civ.), ni de personas de cuyos bienes no puede hacerse donación (arts. 302 y 491 ibid.), ni de personas entre quienes no pueden celebrarse donaciones de cierta especie (art. 3º Ley 28 de 1932); que el donante no vaya a quedar en estado de destitución, es decir, que conserve lo necesario para su congrua subsistencia (art. 1435 ibid.); que si tiene legitimarios presuntos, no vaya a lesionar sus asignaciones forzosas (legítimas y cuarta de mejoras), para no tener que pensarlos más tarde en predicamentos tales como el del artículo 1245 ibid.; y desde el punto de vista de los acreedores del donante, que ellos, por una donación inmoderada de su deudor, causativa de grave desmedro en la prenda general que es el patrimonio del mismo, no queden expuestos a la pérdida de sus créditos, fenómeno reprimido por la acción pauliana que consagra el artículo 2491.

Ciertamente, la autorización judicial o insinuación exigida por el artículo 1458 para la validez de la donación entre vivos en cuanto valga más de dos mil pesos, es formalidad ordenada, no en consideración a calidad alguna personal de quienes intervie-

nen en ese contrato, sino por motivos de interés superior, en orden a toda clase de donaciones irrevocables cuyo valor exceda de dicho límite y en lo concerniente a este exceso, cualquiera que sea la condición de las personas que las celebran, y cualquiera que sea su objeto, raíz o mueble. En suma: la nulidad establecida en el artículo 1458 es ABSOLUTA.

4.—El cargo no satisface las exigencias técnicas imperadas por la ley del recurso. Porque, intenta acusar a un mismo tiempo por error de hecho y de derecho conjuntos respecto de un mismo medio probatorio: el dictamen pericial; porque, testándose del reparo de no haber visto el sentenciador esa prueba, no debió el censor limitarse a mencionarla en términos generales, sin determinar su contenido, sin mostrar cómo éste acreditaba el hecho o extremo que mediante el dictamen se pretendiese establecer; porque el cargo, tal como está propuesto, no va más allá de contraerse a una acusación a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme la convicción de que careció el juzgador de instancia. Quiere decir que estas deficiencias determinan la improsperidad del cargo.

5.—Para determinar si se requiere la insinuación en las donaciones irrevocables de nuda propiedad, es preciso discriminar el valor de ésta del del usufructo, a fin de que pueda saberse si la nuda propiedad en la fecha de la donación excedía, si o no, de $ 2.000.00.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 8 de febrero de 1963, en el juicio ordinario seguido por Clímaco y Abraham Sterling Cuéllar frente a Manuel de Jesús Sterling Tovar y otros.

— I —

EL LITIGIO

Ante el Juez Civil del Circuito de Pitalito, Clímaco y Abraham Sterling Cuéllar trajeron a juicio ordinario, entablado en pro de la sucesión de Manuel Sterling Motta, a Manuel de Jesús y Laureano Sterling Tovar, Cecilia Sterling Tovar de Aljach, Carmen y Ana Beatriz Sterling Tovar, la última menor soltera representada por su madre Rosa Elena Tovar viuda de Sterling, en impetración de las siguientes declaraciones:

1ª — Que son absolutamente nulas, por falta de insinuación judicial, las escrituras de donación números 190, 191, 192, 193 y 194, que otorgó Manuel Sterling Motta, el día 1º de noviembre de 1944, en la Notaría del Circuito de Timaná, a favor de sus hijos del segundo matrimonio llamados Manuel de Jesús, Laureano, Cecilia, Beatriz y Carmen Sterling Tovar, en ese entonces menores de edad y a quienes representó su madre legítima Rosa Elena Tovar de Sterling, quien aceptó para ellos tales donaciones, las cuales se relacionan con los bienes raíces que en las dichas escrituras se mencionan, ubicados en jurisdicción del municipio de Timaná, bienes sobre que se reservó el donante el derecho de usufructo hasta su fallecimiento;

2ª — Que, en consecuencia, es absolutamente nulo el contrato de donación que contiene cada uno de dichos títulos escriturarios, cuyos actos se contraen a uno solo;

3ª — Que se ordene la cancelación de los registros de las mismas escrituras; y

4ª — Que se disponga que los bienes especificados en tales títulos ingresen a la sucesión intestada del finado Manuel Sterling Motta, representada por sus hijos legítimos Clímaco, Abraham y Tránsito Sterling Cuéllar, Manuel de Jesús, Laureano, Cecilia, Beatriz, Carmen y Rosa Elías Sterling Tovar, mas no por la cónyuge sobreviviente Rosa Elena Tovar de Sterling, por cuanto ésta y el causante se habían separado de bienes en forma legal.

Y para el caso de oposición, que los demandados sean condenados en costas.

El planteamiento de la *causa petendi* se inicia con la relación pormenorizada de las sendas donaciones hechas por Manuel Sterling Motta a los demandados, entonces menores de edad, así: a Manuel de Jesús Sterling Tovar, según la escritura número 190; a Laureano Sterling Tovar, según la número 191; a Cecilia Sterling Tovar, según la número 192; a Beatriz Sterling Tovar, según la número 193; y a Carmen Sterling Tovar, según la número 194, escrituras todas otorgadas en la Notaría de Timaná el 1º de noviembre de 1944. En esa reseña se indican las espe-

cificaciones de los inmuebles en que se vincularon los derechos objeto de tales donaciones, y se advierte que el donante se reservó hasta su fallecimiento el derecho de usufructo de todos los bienes donados, como lo dicen tales escrituras en su punto cuarto.

Luego de lo cual, se anota que la aceptación de estos actos por la madre de los donatarios no está legalizada, porque para que la madre legítima tenga la representación de sus hijos menores a título de patria potestad, es indispensable que falte el padre.

Se dice, luego, que aunque en apariencia se hicieron sendas donaciones por un valor inferior a $ 2.000.00, es lo cierto que se vino a verificar por el otorgante una donación por valor de $ 9.000.00 a sus cinco hijos menores del segundo matrimonio, con el propósito de desheredar a los hijos del primero, respecto de bienes que en la época de tales escrituras podían valer no menos de $ 45.000.00 a $ 50.000.00, y hoy algo más de $ 95.000.00, fuera del valor de la casa ubicada en el centro de la población de Timaná, la que podía valer en esa época no menos de $ 3.000.00, y ahora por lo menos $ 10.000.00. Frente a lo cual se afirma que según la ley "quien pretenda donar bienes puede hacerlo hasta la concurrencia de un valor de $ 2.000.00 sin el lleno de las formalidades sobre licencia insinuatoria proferida por Juez competente, ya que si lo hace en su mayor (sic) carece de validez el acto y por ende es nulo de nulidad absoluta..."

Que, entonces, los referidos actos de donación se hallan afectados de esta especie de nulidad, por los motivos ya dichos, ocurriendo que "tales donaciones hay que considerarlas como una sola, y no en la forma como se ha querido burlar o violar la misma ley".

Y que Manuel Sterling Motta dejó de existir en Timaná el día 28 de agosto de 1960, estando su sucesión representada por todos sus hijos.

En DERECHO sustancial se invocan los artículos 1458, 1740 y 2676 del Código Civil, 53 de la Ley 153 de 1887 y 13 de la Ley 45 de 1936.

En su contestación, la parte demandada, apersonada por un representante común aceptó varios de los hechos referidos por la actora, negó el concerniente a los valores atribuídos por ésta a las donaciones, y de otros dijo que no se trataba propiamente de hechos sino de puntos de derecho, y en suma expresó oponerse "a que se hagan las declaraciones impetradas".

La primera instancia, en que hubo aducción de pruebas por la parte demandante, recibió sentencia mediante la cual se resolvió: 1º Declarar que existe nulidad relativa en las donaciones sobre que versa el juicio; 2º Declarar probada la excepción de prescripción propuesta por parte de los demandados, y, en consecuencia, absolver a éstos de los cargos formulados en la demanda; e imponer costas a cargo de la parte demandante.

Por apelación de ésta, abrióse el segundo grado, que concluyó con la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 8 de febrero de 1963, que decidió lo siguiente: "Revocar el numeral primero (1º) de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, y confirmarlo en todo lo demás.—Sin costas en el segundo grado por haberse modificado en parte la sentencia que se revisa".

Interpuesto por los litigantes vencidos el recurso de casación y tramitado éste formalmente, procede la Corte a su despacho.

— II —

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal sienta como motivos de su decisión, los siguientes:

Que la aceptación de las referidas donaciones por la madre legítima de los donatarios, que eran menores, no envuelve nulidad alguna, visto el artículo 1468 del Código Civil, en cuya segunda parte se dice que "bien podrá aceptar por el donatario, sin poder especial ni general, cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo, con tal que sea capaz de contratar y de obligarse".

Que la insinuación o autorización judicial para las donaciones que valgan más de $ 2.000.00, "es un requisito o formalidad habilitante, que no se exige en consideración a la naturaleza misma del acto", sino que "se ha establecido, indudablemente, con un criterio de protección a la persona del donante, a fin de que éste quede con bienes suficientes para su congrua subsistencia.—Por consiguiente, si la insinuación no es formalidad exigida en consideración a la naturaleza de las donaciones, entre vivos, su falta no produce nulidad absoluta sino relativa". Entonces, como la nulidad relativa se sanea por el transcurso de un término de cuatro años, de conformidad con el artículo 1750 de la obra citada, "en el caso en estudio cree el Tribunal que el plazo de cuatro

años debe contarse desde la fecha de celebración de los contratos de donación atacados, porque desde entonces el donante, o sea la persona en cuyo favor se ha establecido el requisito de la insinuación, estuvo en condiciones de ejercitar la acción de nulidad por la falta de dicha formalidad... Por consiguiente, cuando los demandantes establecieron la acción, heredada del causante, había corrido ya el plazo de saneamiento, y como la parte demandada ha invocado la prescripción extintiva, es de rigor declararla probada".

Concluyendo, dice el sentenciador, que "Si está prescrita la acción no hay lugar a entrar en consideraciones relacionadas con las condiciones de ella, es decir, no es el caso de dilucidar si era necesaria la insinuación en las donaciones hechas por el causante señor Manuel Sterling Motta, objeto de la demanda.—Por tanto, es improcedente declarar que en este juicio existe nulidad relativa en las donaciones cuya nulidad se implora".

— III —

LA DEMANDA DE CASACION

El libelo —que fue contestado oportunamente por la parte opositora—, plantea en el ámbito de la causal primera dos cargos, cuyo resumen cabe hacer así:

Primer cargo.—Estructurado por violación directa de la ley sustancial, de la cual se citan numerosos textos como infringidos, ya por interpretación errónea y falta de aplicación, ya por aplicación indebida, descansa fundamentalmente en el argumento de que el Tribunal interpretó erróneamente y, en consecuencia, dejó de aplicar al caso del litigio, el artículo 1458 del Código Civil, según el cual "la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso.

Al respecto, afirma el impugnante que el juzgador erró al entender tal texto en el sentido de que la nulidad que él establece es apenas relativa, siendo así que lo que el precepto consagra es la nulidad absoluta. Que, siendo ello así, el Tribunal, situado sobre la hipótesis de que la falta de autorización judicial en las donaciones objeto del litigio sólo podría implicar una nulidad relativa de las mismas, en lo que excedieran de dos mil pesos cada una, aplicó indebidamente, entre otros preceptos de derecho sustancial, los artículos 1740, 1741, 1743, 1750, 2512, 2535 y 2538 del mismo código, para asignarles a esos actos el tratamiento de la nulidad relativa y declarar, en consecuencia, que quedaron saneados por haberse consumado el lapso de la prescripción cuatrienal, extintiva de la acción rescisoria de tales donaciones. Que, por lo tanto, vulneró también el artículo 2536 ibidem, que señala a las acciones personales un término de prescripción de veinte años, y por último el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, rector en la materia de la nulidad absoluta, en cuanto dejó de aplicarlo a la solución del litigio.

Segundo cargo. — Por éste se acusa la sentencia recurrida como "violatoria de la ley civil, artículos 1458, 1740, 1741, 1750, 2512, 2518, 2535 y 2536 del C. C., y artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por errores de hecho y de derecho en las pruebas". En desarrollo de este enunciado, el impugnador trae una serie de alegaciones, a saber:

Que el Tribunal "interpretó indebidamente la demanda cuando entendió que la petición de nulidad de los títulos contenidos en las escrituras de enajenación, lo eran por la falta de insinuación y por la falta de aceptación válida de la donación de parte de la madre de los demandados, refiriéndose separadamente a cada uno de los postulados sobre enajenación y adquisición como motivos diferentes, cuando en realidad la nulidad absoluta pedida era expresamente por la *falta de insinuación que afectaba la enajenación y la adquisición respectiva*"; y que "en razón de este error manifiesto sobre la demanda, el Tribunal luego de no verla como corresponde, de no darle el valor que tiene conforme al artículo 593 del C. J., viola los preceptos sustantivos indicados al iniciar este cargo por desconocimiento de los derechos en ellos consagrados";

que "el sentenciador no ve el contenido de las escrituras citadas como violatorias del artículo 1458 por la falta en ellas del elemento necesario de la insinuación, apenas relieva en dichos instrumentos la fecha en que fueron otorgados para aplicar indebidamente los artículos 1750, 1740 y 1741 del C. C., diciendo que la acción de anulación podía hacerse desde la fecha de su otorgamiento, como si entonces hubieran podido tener interés en ello, con violación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 por falta de aplicación, por no haber tenido en cuenta que los demandantes como hijos legítimos del donante no podían ejercer las acciones que correspondían directamente a los otorgantes de dichos instru-

mentos públicos. El H. Tribunal no leyó como correspondía dichos instrumento públicos, —tampoco las pruebas sobre el estado civil de los demandantes y demandados, y lo que es más no leyó la partida de defunción de Manuel Sterling Motta— que señala el momento o punto de partida de los actores para demandar la nulidad de los actos que los afectaba patrimonialmente como herederos del donante mencionado, pues si la hubiera leído, no habría aplicado el artículo 1750 del C. C., aun aceptando que fuera relativa la nulidad contenida en el citado artículo 1458 del C. C., porque desde la fecha del fallecimiento a la fecha de la demanda no habían corrido los cuatro años indicados para la prescripción de la acción ordinaria sobre invalidez o rescisión de determinados contratos afectados de nulidad relativa. El Tribunal, pues, además de errores de hecho indicados, cometió los siguientes de derecho por desconocimiento de los elementos de juicio mencionados: artículos 603, 630, 632 del C. J., 22 de la Ley 57 de 1887 y artículo 5º de la Ley 92 de 1938 sobre la prueba del estado civil de las personas, la prueba de la defunción, y valor legal de dichas pruebas";

que para los demandantes, el derecho a pedir la nulidad por el vicio de la falta de insinuación, solamente nació cuando les fue atribuída la herencia, según el artículo 1012 del C. C. Entonces, el juzgador, por no ver cuándo falleció el causante, tampoco vio cuándo se inició el término de la prescripción para los actores, y como tampoco vio cuándo se inició la demanda, "aplicó indebidamente los artículos 1750 en relación con los artículos 1740, 1741, 1742 y 1743 del C. C. La demanda era un elemento necesario para verificar el término de la prescripción, al igual la fecha de la defunción, sobre esos supuestos, la naturaleza de la falta alegada como motivo de nulidad, era como podía resolver legalmente el litis (sic); entonces sobre los errores de hechos mencionados y violación consiguiente del artículo 593 del C. J., del artículo 5º de la Ley 92 de 1938, aplicó indebidamente el artículo 1750 del C. C. dejó de aplicar el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, los artículos 2512, 2535, inciso 2º y 2536 del C. C.";

que "El H. Tribunal no vio tampoco, ni siquiera hizo mención de su valor, de la relevancia jurídica del dictamen pericial en cuanto fijó el valor de los bienes donados; naturalmente esto explica la violación del artículo 1458 del C. C., de los artículos 1740, 1741, 1750, 2535, 2536 del C. C. del H. Tribunal, porque además de *no leer o ver dicho dictamen* que establecía el valor de la enajenación a título gratuito, violó los artículos 721, 722 del C. J. que decían cuál era el valor de esa prueba sobre el valor de los bienes donados, por qué era aceptable la demanda de nulidad de los contratos de donación, por qué dichos contratos debían contener la licencia judicial para su validez, por qué eran ineficaces para hacer transferencia de dominio a favor de los demandados, por qué éstos no habían adquirido el dominio y finalmente por qué pertenecían al patrimonio del vendedor-causante, para quien se había pedido la declaración de dominio"; y

que "Por esto es que se viola el artículo 1458, en relación con los artículos 1740, 1741, 1750 y 1751 del C. C. al interpretarlos y aplicarlos indebidamente, el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, los artículos 2512, 2518, 2535, inciso 2º y 2336 del C. C. al través de los elementos de juicio mencionados, demanda, notificación de ella, certificados civiles sobre la defunción del donante, escrituras públicas contentivos de las enajenaciones sin valor legal alguno, prueba pericial sobre el valor de los bienes donados, pruebas de las relaciones de parentesco de mis mandantes con el causante-donante y con los donatarios.—Estas pruebas tienen valor legal, arts. 593, 597, 630, 632, 721, 722 del C. J., art. 5º de la Ley 92 de 1938, por no tener en cuenta ese valor legal, es que no aplica las disposiciones civiles indicadas en el contenido de este cargo".

— IV —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.—Por sabido se tiene que mediante el recurso de casación se somete la sentencia de segunda instancia al juicio de la Corte Suprema, para que ésta, sin salirse de los precisos límites que le haya trazado la acusación, decida si el fallo recurrido viola la ley por uno cualquiera de los motivos formalmente propuestos, con fuerza por sí solo bastante para desquiciar ese pronunciamiento.

2.- Entonces, tratándose de la impugnación por la causal primera, en cuyo campo es de rigor que se muestre la infracción ya directa, ya indirecta, de la ley sustancial, es preciso que por el recurrente se ataquen todos los fundamentos de derecho de esta especie, sobre cualquiera de los cuales —aunque no hubiese sido expresamente considerado por el juzgador—, pudiera la sentencia quedar en pie.

3.—En el caso de este litigio, la esencia de la cuestión jurídica debatida radica en la pretensión deducida por los demandantes, de ser absolutamente nulas, por falta de insinuación, las donaciones que Manuel Sterling Motta hizo a sus hijos Manuel de Jesús, Laureano, Cecilia, Beatriz y Carmen Sterling Tovar, según las escrituras números 190, 191, 192, 193 y 194 de 1º de noviembre de 1944, otorgadas en la Notaría del Circuito de Timaná. Es decir, que la controversia está ubicada fundamentalmente en el campo del artículo 1458 del Código Civil, de cuyo quebranto, al haberse producido éste en relación con el presupuesto del mismo artículo sobre el valor de las donaciones por cuantía de dos mil pesos, irradiarían consecuencialmente las infracciones de los demás textos de derecho sustancial alegadas por el impugnador.

4.—Ello implica que éste, al atacar la sentencia del Tribunal, por violación del artículo 1458 del Código Civil, debió hacerlo primeramente en relación con el pretendido exceso de valor de las donaciones, sobre la hipótesis —que tocaba a la censura proponer y demostrar como hecho cierto— , de no haber visto el sentenciador la prueba o pruebas precisas que en concepto del recurrente, y señaladas singularmente por éste, demostrasen ese exceso o mayor valor de las donaciones; y, luego, sí, acusar por la errónea interpretación del mismo artículo en lo tocante con la clase de nulidad que tal texto concante con la clase de nulidad que tal texto consagra.

5.—Desentendiéndose de lo primero, el impugnante concentró sus esfuerzos sobre lo último, o sea a la demostración del error jurídico cometido por el fallador al conceptuar que la nulidad de que trata el artículo 1458 en cita es relativa. Y este ataque da pie a la Corte para rectificarle al Tribunal su equivocada doctrina en el punto.

6.—Importa, pues, afirmar que, cuando el artículo 1458 preceptúa que "la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso", está instituyendo una NULIDAD ABSOLUTA, y no relativa como lo entendió el Tribunal. Porque, al paso que la última es la proveniente, ya de vicios del consentimiento, a cuyo lado se coloca la lesión en ciertos casos, ya de la falta de requisitos o formalidades exigidas por la ley en consideración a la calidad o estado de las personas que son partes en el respectivo acto, y solo puede ser alegada por aquella de éstas en cuya protección la ha establecido la ley, la segunda o sea la nulidad absoluta es la producido, ya por la absoluta incapacidad de alguno de los otorgantes del acto, ya por una causa u objeto ilícito, ya por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor del negocio jurídico en consideración a la naturaleza del mismo, y no a la calidad o estado de las personas que lo acuerdan o en cuyo nombre se verifica (arts. 1741, C. Civ. y concts.), y como nulidad que es de orden público puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello, pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley y aún ser declarada de oficio por el juez, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (art. 2º, Ley 50 de 1936).

7.—Los motivos determinantes del requisito de la insinuación, según la mente del artículo 1458, se reflejan en la última parte del propio texto, que, revelando su carácter de norma de orden público civil, reza: "El juez, autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal". Entonces: que no vaya a tratarse de donaciones que tengan objeto o causa ilícitos (arts. 1502, 1521, 1523 y 1524 C. Civ.), ni de personas de cuyos bienes no puede hacerse donación (arts. 304 y 491 ibid.), ni de personas entre quienes no pueden celebrarse donaciones de cierta especie (art. 3º, Ley 28 de 1932); que el donante no vaya a quedar en estado de destitución, es decir, que conserve lo necesario para su congrua subsistencia (art. 1465 ibid.); que si tiene legitimarios presuntos, no vaya a lesionar sus asignaciones forzosas (legítimas y cuarta de mejoras), para no tener que ponerlos más tarde en predicamentos tales como el del artículo 1245 ibid.; y desde el punto de vista de los acreedores del donante, que ellos, por una donación inmoderada de su deudor, causativa de grave desmedro en la prenda general que es el patrimonio del mismo, no queden expuestos a la pérdida de sus créditos, fenómeno reprimido por la acción pauliana que consagra el art. 2491.

8.—Ciertamente, la autorización judicial o insinuación exigida por el artículo 1458 para la validez de la donación entre vivos en cuanto valga más de dos mil pesos, es formalidad ordenada, no en consideración a calidad alguna personal de quienes intervienen en ese contrato, sino por motivos de interés superior, en orden a toda clase de donaciones irrevocables cuyo valor exceda de dicho límite y en lo concerniente a este

exceso, cualquiera que sea la condición de las personas que las celebran, y cualquiera que sea su objeto raíz o mueble. En suma: la nulidad establecida en el artículo 1458 es ABSOLUTA.

9.—Mas, si el recurso le ha permitido a la Corte hacerle al fallo impugnado la rectificación doctrinal que se deja asentada, no logra, empero, la prosperidad de la casación, por cuanto no ha demostrado el quebranto del artículo 1458 del Código Civil, *en lo pertinente al valor de las donaciones* objeto del juicio. Sobre este punto —que no estudió el Tribunal, por cuanto llevado del pensamiento de estar prescrita la acción, estimó no haber lugar a entrar en consideraciones sobre "si era necesaria la insinuación en las donaciones hechas por el causante señor Manuel Sterling Motta"—, el recurrente apenas se limitó, en la órbita del segundo cargo, a afirmar que el Tribunal "no vio tampoco, ni siquiera hizo mención de su valor, de la relevancia jurídica del dictamen pericial en cuanto fijó el valor de los bienes donados; naturalmente esta explica la violación del art. 1458 del C. C.; de los arts. 1740, 1741, 1750, 2535, 2536, del C. C. del H. Tribunal, porque además de *no leer o ver dicho dictamen* que establecía el valor de la enajenación a título gratuito, violó los arts. 721, 722 del C. J., que decían cuál era el valor de esa prueba sobre el valor de los bienes donados...".

10.—Precisa observar que el cargo no satisface las exigencias técnicas imperadas por la ley del recurso. Porque, intenta acusar a un mismo tiempo por error de hecho y de derecho conjuntos respecto de un mismo medio probatorio: *el dictamen pericial;* porque, tratándose del reparo de no haber visto el sentenciador esa prueba, no debió el censor limitarse a mencionarla en términos generales, sin determinar su contenido, sin mostrar cómo éste acreditaba el hecho o extremo que mediante el dictamen se pretendiese establecer; y porque el cargo, tal como está propuesto, no va más allá de contraerse a una acusación a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme la convicción de que careció el juzgador de instancia. Quiere decir que estas deficiencias determinan la improsperidad del cargo.

11.—Pero, si la Corte por vía de amplitud pudiera entrar en el acervo probatorio para buscar allí el dictamen pericial a que quiso referirse el acusador, y detenerse en su examen, no encontraría que ello sirviese al propósito del recurso, porque si las donaciones de que se trata fueron de la nuda propiedad de los bienes con que tocan, reservándose el donante el usufructo vitalicio de los mismos, era necesario que los expertos en su dictamen hubieran hecho la discriminación del valor de la nuda propiedad para el día en que las donaciones se efectuaron. Y no fue esto lo que se hizo, sino que los peritos expresamente dijeron avaluar en conjunto la nuda propiedad y el usufructo de los bienes con que se relacionaba cada donación (fs. 138 v. y 139 c. 2), cuando, por otra parte, en los respectivos instrumentos en que ellas se hicieron constar se le asignó a cada una un valor inferior a dos mil pesos (fs. 102 a 125, c. id.. Así las cosas, la prueba pericial no vino a demostrar que las donaciones de que se trata sobrepasaran este valor, al tiempo de su otorgamiento. Lo que haría ineficaz el cargo, como tampoco permitiría, al sentenciar en instancia, llegar en lo resolutivo a una decisión distinta de la adoptada por el Tribunal.

Se desecha, pues, el recurso, sin que haya lugar a condena en costas, en gracia de la rectificación de doctrina.

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 ocho (8) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada, Guillermo Ospina Fernández, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA

VICIOS REDHIBITORIOS

Calidades que deben reunir para considerarlos como tales.—Deberes de quien alega error de hecho en la apreciación probatoria.

1.—El vendedor de una cosa, además de amparar al comprador en el dominio y posesión de la cosa vendida, está obligado a responder de los vicios ocultos de esta, llamados redhibitorios, los cuales no permiten el goce útil del bien, o sea, el uso natural del mismo, o sólo lo permiten imperfectamente.

El artículo 1915 del C. C. señala las siguientes condiciones u calidades que deben reunir los vicios, para que se puedan considerar redhibitorios:

Primero.—Que existan "al tiempo de la venta".—Segundo.—Que sean tales "que por ellos no sirva la cosa para su uso natural o sólo sirva imperfectamente de modo que sea de presumir que, conociéndolos el comprador, no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio".—Tercero.—Que no los haya manifestado el vendedor y Cuarto.— Ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin grave negligencia de su parte, o que haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio. Cada una de estas calidades son hechos que deben acreditarse en el proceso.

2.—Es de elemental técnica que en la formulación de un cargo por error de hecho en la apreciación de pruebas, el impugnante, además de enunciarlo con la indicación de las que equivocadamente ha apreciado, debe demostrar el yerro cometido por el fallador, que no puede consistir, en casos como el que está sub lite, sino en que a los medios citados les hizo decir lo que no hay en ellos, o no vio lo que sí expresan.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

En el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, Aldemar Callejas Villa citó a Andrés Londoño del Corral para que en juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

"PRIMERA. — Al celebrarse el contrato de compraventa entre Londoño del Corral, vendedor, Callejas Villa, comprador, "hubo vicios redhibitorios como filtración de aguas, roturas o destrucción de alcantarillas o desagües, imperfecciones o daños en los bajantes de desagüe y en tuberías, todo lo cual producía humedades en el edificio materia de la venta y en edificios vecinos, vicios que tienen las calidades exigidas o enunciadas por el artículo 1915 del C. C.

"SEGUNDA. — El comprador Callejas Villa tiene derecho a que el vendedor demandado rebaje el precio de la compra-venta por razón de los vicios ocultos de la casa materia del contrato.

"TERCERA. — Como consecuencia de las declaraciones precedentes el señor don Andrés Londoño del Corral está obligado a reembolsar al demandante, dentro del término de tres días, la suma de ocho mil pesos moneda legal ($ 8.000.00) o a la cantidad que se fije por peritos.

"CUARTA. — Que el demandado está obligado a pagar al demandante los perjuicios sufridos por éste, por motivo de no haberlo enterado oportunamente de los vicios de la cosa vendida, no obstante estar enterado de su existencia, o debiendo conocerlos, mediante regulación que de ellos se haga en el presente juicio, o de conformidad con el artículo 553 del C. J.

"QUINTA. — Que el mismo opositor debe pagar las costas".

Los hechos que originan la demanda son, en resumen:

Por escritura 6545 pasada en la Notaría 3ª de Medellín el 12 de noviembre de 1958, Alde-

mar Callejas Villa le compró a Andrés Londoño del Corral una casa de habitación con el terreno en que está edificada, de muros de adobe y techos de teja de barro, situada en la calle 66 con la carrera 49 de la ciudad de Medellín, distinguida en su puerta de entrada con el número 49-4, comprendida por los siguientes linderos: "por el frente o sur, en extensión de once varas con treinta y cinco centésimas de vara (11.35), con la calle Manizales; por el este, en extensión de treinta y siete varas con ocho centésimas de vara (37.08), con la carrera Venezuela; por el oeste, en extensión de treinta y seis varas con noventa centésimas de vara (36.90), con terrenos de Seguros y Urbanización, y por el norte, en extensión de once varas con cuarenta y cuatro centésimas de vara (11.44), con propiedad de Seguros y Urbanización.

"La casa es de una sola planta, con piso a nivel de la calle, consistente en una plancha de concreto y adobe, cubierta de baldosa, debajo del cual existe un sótano en toda su extensión, con profundidad o altura de unas tres (3) varas contadas desde el terreno al piso o plancha, con entrada por una alcoba que sirve de cocina". Cuando se hizo la negociación no se le mostró al actor el sótano ni se le advirtió "que él manaba agua".

El comprador es cantinero de oficio, por lo cual no entiende de arquitectura o construcción de edificios, y no exigió, cuando visitó el inmueble, que se le llevara al sótano, y se le mostraran los cimientos del terreno y los desagües del edificio, no solo por su ignorancia en esta materia sino por la confianza que tenía en el vendedor, a quien consideraba incapaz de venderle un inmueble con defectos ocultos.

Después de que el comprador ocupó la casa con su familia, uno de los vecinos le manifestó que le estaba causando perjuicios con la humedad proveniente del muro occidental de la casa de Callejas Villa. Buscó entonces un trabajador para que investigara la causa de la humedad, para lo cual hubo que sacar del sótano y boter gran cantidad de basuras y maderas viejas.

Retiradas estas cosas, se encontró que había "desagües rotos, atanorados inservibles y filtraciones de aguas", por lo cual tuvo que contratar el demandante obreros que "cambiaran los atanorados de barro por tubería y se hicieran las reparaciones", pero la humedad continuó según manifestó el vecino perjudicado, no obstante el fuerte verano que hubo entonces.

El actor informó de estas novedades al demandado y al comisionista que había intervenido en la negociación, pero no tomaron medida alguna al respecto. Contrató Callejas un ingeniero arquitecto para que investigara las causas de la humedad, y después de muy costosas exploraciones, halló que las filtraciones provenían en parte de la carrera Venezuela, "pues en parte habían quedado remediadas con los trabajos de reparación y cambio de los atanorados en los desagües de la casa".

Los vicios ocultos expuestos existían desde mucho antes del contrato de venta, y el demandado tenía conocimiento de ellos, a juzgar por lo que le informó un vecino al actor de que hacía días había reclamado a Londoño del Corral por la referida humedad.

Si el demandante hubiera tenido conocimiento oportunamente de los referidos vicios, no habría comprado la casa, o la habría adquirido por un precio inferior en ocho mil pesos, lo menos, valor de las obras ejecutadas y de las que falta realizar para remediar los defectos. No se le puede tildar de descuido al demandante porque carece de conocimientos sobre arquitectura, y el sótano estaba a oscuras y "cubierto de cajones viejos y basuras que impedían no solamente entrar en él y recorrerlo sino ver lo que había debajo de esas basuras y maderas".

En derecho fundó la demanda en lo preceptuado por los artículos 1914, 1915, 1917 y 1918 del C. Civil.

Londoño descorrió el traslado de la demanda negando los hechos fundamentales y aceptando otros con explicaciones. Se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas, y propuso la excepción perentoria de inexistencia de la obligación.

El Juzgado dio término a la primera instancia en sentencia de cinco de julio de mil novecientos sesenta, en la cual declaró: 1º—No probadas las excepciones propuestas; 2º—Que "en el momento de perfeccionarse el contrato de que da cuenta la escritura 6545 existían los vicios referidos en la parte motiva de esta providencia, y en tal virtud el comprador tiene derecho a la rebaja proporcional del precio. 3º—Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condena a Andrés Londoño del Corral a pagarle a Aldemar Callejas Villa, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de siete mil novecientos noventa y cuatro pesos ($ 7.994.00). 4º—No condena en perjuicios. 5º—Costas a cargo del opositor.

Ambas partes se alzaron contra la decisión del Juzgado, la cual revocó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en fallo de diez y siete de junio de mil novecientos sesenta y uno, y absolvió "al demandado de los cargos del libelo y condenó en costas al demandante".

Motivación del fallo de segunda instancia

El Tribunal, después de transcribir la diligencia de inspección ocular que se practicó, con audiencia del demandado antes de iniciar el juicio, en el sótano de la casa, y el dictamen de los peritos que intervinieron en ella, de referirse a los testimonios aducidos por una y otra parte, advierte que la acción instaurada por el demandante es "la llamada estimatoria o quanti minoris, que tiene el comprador para exigir la rebaja del precio de la cosa vendida cuando existe un vicio oculto preexistente de cierta gravedad y que dicho comprador no ha podido conocer a pesar de haber empleado la diligencia que un hombre prudente emplea generalmente en sus negocios".

Transcribe los artículos 1914, que define las acciones redhibitorias y la de rebaja del precio, y 1915, del Código Civil, que señala las calidades que deben reunir los vicios ocultos de la cosa comprada para que se consideren estos como redhibitorios. Y prosigue que en la materia sujeta al examen, Callejas le compró a Londoño una casa de vieja construcción "que indudablemente adolecía de un vicio ocasionado por la humedad de los muros del sótano y proveniente, en parte, quizá del deterioro de los desagües, y principalmente de hallarse la edificación en un nivel muy inferior al piso de la carrera Venezuela, lo que permite la filtración de aguas subterráneas. "Estos hechos están debidamente acreditados en la inspección ocular, la exposición de los peritos, algunos testimonios y la confesión del demandado, en cuanto se refiere a la existencia de la humedad".

Para el fallador, Callejas tuvo oportunidad de conocer el vicio, a pesar de no ser técnico en construcciones, porque los muros del sótano presentaban humedad hasta altura de ochenta centímetros, según los peritos; y en las posiciones que absolvió acepta que no penetró al sótano sino en corta extensión, y algunos testigos afirman que impedían una visibilidad adecuada los cajones y basuras que había allí.

Sobre la calificación de los vicios redhibitorios encuentra que el vendedor conocía el vicio, y que no existe prueba de que se lo hubiera manifestado al comprador ni de que se lo hubiera ocultado maliciosamente. Tampoco aparece que el comprador lo hubiera conocido antes de la celebración de la venta.

Las cuestiones en tela de juicio "son las referentes a si el comprador pudo conocer el vicio con mediana diligencia, y si proviene de las filtraciones naturales de la calle que da frente a la edificación o de malos desagües o de ambas causas a la vez".

Sobre el último punto, en razón de que los peritos que intervinieron en la inspección ocular practicada *antes* del juicio atribuyen la humedad al deterioro de los desagües y en mayor proporción a las aguas de la calle de Venezuela, pero no dan fundamento a su dictamen, acepta como establecido solamente "que la falta de técnica en la construcción de obras de defensa indispensable contra las filtraciones naturales fue una de las causas de la humedad".

Acerca de si "cabe afirmar que Callejas pudo ignorar el vicio sin negligencia grave de su parte, estima el Tribunal, basado en lo manifestado por el mismo Callejas en posiciones, que tuvo cerca de veinte días que duraron las conversaciones preliminares del contrato, para examinar la casa con todas las facilidades que le ofreció el vendedor; que había cajones en el sótano que probablemente disminuían la visibilidad, pero bastaba retirarlos o pedir al propietario que los retirara, sin que haya constancia sobre tal petición; que la existencia de aquellos objetos en el sótano, es natural, porque a eso se destina ordinariamente tal dependencia; que no vale arguir que el comprador no era experto en construcciones, pues el sentido común basta para sospechar que una habitación subterránea construida a nivel inferior de otras edificaciones y de la calle puede "adolecer de humedades"; y que si no bastaba apartar los cajones, cosa inadmisible ante la exposición de los peritos y testigos, era de elemental prudencia acudir al concurso de una persona con conocimientos en la materia, ya que el comprador debía sospechar de las filtraciones en el sótano.

Sobre este particular trae también el fallo la doctrina de un autor nacional que, siguiendo la de comentadores extranjeros, sustiene que el adquirente de un inmueble puede alegar vicios redhibitorios, si no se ha asesorado de persona entendida en la materia para evitar la adquisición de una casa defectuosa.

Observa también el Tribunal que el no haber manifestado el vendedor el vicio, no determina en este la condición de redhibitorio, si se halla establecida la ignorancia del comprador, proveniente de negligencia, sino que solo trae la consecuencia de condenar en daños y perjuicios, como dispone el artículo 1918 del C. Civil; y que el vicio no deja de ser aparente, porque un objeto fácilmente removible lo oculte, cuando la persona sin conocimientos técnicos no retira, sin negligencia grave de su parte, el obstáculo para observar el defecto, más tratándose de humedad en sótanos, en los cuales se presenta ordinariamente, si su construcción no se ha sometido a una técnica especial.

Y concluye: "Demostrado, pues, que en el caso sub-judice no se comprobó la existencia de un vicio oculto y redhibitorio en el sentido legal, es evidente que la acción no puede tener éxito".

RECURSO DE CASACION

Inconforme el demandante con la decisión del Tribunal, la trajo a la Corte en recurso extraordinario de casación, en el cual formula tres cargos por errores manifiestos de hecho en la apreciación de algunas pruebas y consiguiente violación indirecta de preceptos sustantivos.

El opositor replicó a la demanda de casación fuera de término.

— I —

En la iniciación del capítulo en que expone el primer cargo, se refiere el acusador a los conceptos del fallo referentes a que el comprador, aunque no era experto en construcciones, tuvo oportunidad de conocer el vicio, porque las conversaciones que precedieron a la compraventa duraron quince días; porque el vendedor le ofreció todas las facilidades para que lo hiciera, y los muros mostraban humedad hasta una altura de ochenta centímetros; pero que Callejas no vio los defectos, dado que no entró al sótano sino en una pequeña extensión, lo cual entraña grave diligencia, pues es de sentido común y mediana prudencia suponer que en todo sótano hay humedad, y porque era de elemental prudencia acudir a un experto en construcciones, que es proceder indicado, salvo cuando no es esa la costumbre en el lugar donde se celebra el contrato.

El fallo reconoce que los declarantes Oscar Yepes, Luis Enrique Guzmán y José Callo afirman que la basura y los cajones que había en el sótano "impedían la visibilidad adecuada"; y en la diligencia de inspección ocular practicada antes de iniciar el juicio y en el dictamen de los peritos que actuaron en ella, se afirma, fuera de lo dicho por aquellos testigos, "que el sótano era tan oscuro que para recorrerlo tuvieron que alumbrarlo con velas, pues de otro modo, era imposible descubrir defectos".

Para el impugnante estas pruebas demuestran además, que el sótano no tenía sino una bombilla de 25 W. instalada a la entrada, que el resto quedaba a oscuras, y que en su totalidad se hallaba lleno de basura y cajones que no solamente impedían una visibilidad adecuada sino el acceso a algunos sitios de él. Observa también que no es cierto que el vendedor le hubiera proporcionado al comprador todas las facilidades para enterarse del vicio, sino que le cegó las vías utilizables para ello. Aludiendo a que el Tribunal considera al vendedor doctor Londoño como persona de reconocida honorabilidad, ya que la negociación no se adelantó directamente sino con el comisionista, replica el recurrente que el fallador puede estar en lo cierto en la apreciación del vendedor, pero su conducta no queda excusada ante la intervención del comisionista, quien tenía interés en que el contrato se celebrara, y, por lo mismo, en ocultar los vicios del inmueble. Además, debió tenerse en cuenta que el vendedor ratificó tácitamente las actuaciones de su intermediario al perfeccionar la compra-venta con la firma de la escritura.

Concluye que los yerros anotados en los apartes anteriores, "constituyen manifiestos errores de hecho", que tuvieron necesaria incidencia en la parte resolutiva del fallo, que negó la existencia del vicio oculto, violando así en forma indirecta los siguientes artículos del Código Civil: 1917, que en razón de los vicios redhibitorios da al comprador el derecho para pedir la rescisión de la venta o la rebaja del precio; 1918, que estatuye que si el vendedor conocía el vicio y no lo declaró, está obligado a la rescisión o a la rebaja del precio, y no se aplicó "no obstante haberse comprobado que el opositor conocía el vicio (declaración de José Ospina, fls. 35, y posiciones, fol. 41, C. de pr. del actor), circunstancia que lo hace responsable también de perjuicios; y 1925 ibidem que estatuye la rebaja del precio en favor del comprador cuando los vicios no tienen la importancia que indica el inciso 2º del artículo 1915 ya mencionado".

Se considera:

El vendedor de una cosa, además de amparar al comprador en el dominio y posesión de la cosa vendida, está obligado a responder de los vicios ocultos de ésta, llamados redhibitorios, los cuales no permiten el goce útil del bien, o sea, el uso natural del mismo, o solo lo permiten imperfectamente.

El artículo 1915 del C. C. señala las siguientes condiciones o calidades que deben reunir los vicios, para que se puedan considerar redhibitorios:

1º—Que existan "al tiempo de la venta". 2º—Que sean tales "que por ellos no sirva la cosa para su uso natural y solo sirva imperfectamente de modo que sea de presumir que, conociéndolos el comprador, no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio". 3º—Que no los haya manifestado el vendedor y 4º—Ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin grave negligencia de su parte, o que haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio. Cada una de estas calidades son hechos que deben acreditarse en el proceso.

Los vicios ocultos que alega Callejas tenía la casa comprada a Londoño del Corral consistían en la humedad que había en el sótano producida por filtraciones de agua, provenientes, en parte, de la carrera Venezuela, sobre da cual está situado el inmueble, y, en parte, de las roturas o deterioros que presentaban las bajantes y tuberías de desagües de la casa.

Acerca de las cuestiones de hecho que implican las calidades que el artículo 1915 del Código Civil exige deben reunir los vicios para que se puedan considerar redhibitorios, el Tribunal expresa que se hallan en tela de juicio "los referentes a si el comprador pudo conocer el vicio con mediana inteligencia y si provienge de las filtraciones naturales de la calle que da frente a la edificación o de malos desagües o de ambas causas a la vez".

Respecto de la segunda cuestión, solo admite, con base en el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular efectuada antes del juicio con citación del vendedor, "que la ausencia de técnica en la construcción de las obras de defensa indispensables contra las naturales infiltraciones provenientes de la conformación del terreno fue una de las causas de la humedad".

En cuanto a la ignorancia de los vicios por parte del comprador, afirma el Tribunal que ella provino de grave negligencia de su parte, por estas razones: porque tuvo veinte días para examinar la casa, y el comprador le dio toda clase de facilidades para ello; porque no hizo retirar los cajones y basuras que impedían o disminuían la visibilidad del sótano para darse cuenta de la humedad, y porque, si no bastaba mover a otro sitio dichos objetos, era de elemental prudencia acudir al concurso de una persona experta en la materia.

La demanda de casación, que más parece un alegato de instancia que la sustentación del recurso extraordinario, ya que es de elemental técnica que en la formalización de un cargo por error de hecho en la apreciación de pruebas, el impugnante, además de enunciarlo con la indicación de las que equivocadamente ha apreciado, debe demostrar el yerro cometido por el fallador, que no puede consistir, en casos como el que está *sub lite*, sino en que a los medios citados les hizo decir lo que no hay en ellos, o no vio lo que sí expresan. Pero acurre que el censor considera como errores de esta naturaleza todos los razonamientos que el juzgador hace para concluir que la ignorancia del comprador sobre la existencia de los vicios que encerraba la casa, se debió a negligencia grave de su parte, cuando su cometido era concretarse a demostrar que las pruebas equivocadamente vistas por el Tribunal sí expresan la diligencia del comprador en informarse de la humedad del sótano y sus causas.

Las pruebas que cita el recurrente, como mal apreciadas, son las declaraciones de Oscar Yepes, maestro constructor, llamado por Callejas para examinar las causas de la humedad, José Calle y Luis R. Guzmán, obreros que trabajaron a órdenes de Yepes, la diligencia de inspección ocular y el dictamen de los peritos que asistieron a ella.

Del dicho de los tres testigos se infiere que el sótano estaba completamente a oscuras y lleno de basuras y cajones que hubo de retirar Callejas e instalar alumbrado eléctrico para dar con los daños que tenían las bajantes y tuberías de desagüe, las cuales cambiaron; y que, no siendo esto suficiente, descubrieron los cimientos a lo largo del sótano y los revistieron de piedra y cemento para impermeabilizarlos. Estos hechos fueron observados unos, y realizados otros, por los testigos un mes después de firmada la escritura de venta.

El acta de inspección ocular, efectuada en febrero de 1959, y el concepto pericial informan

que en el sótano de la casa, identificada como la misma a que se refiere la escritura de venta, "la mayoría de los desagües y alcantarillados están recientemente reparados, con cambio de atanores de barro por tubería de hierro y gres; que en los cimientos del edificio se observan filtraciones de agua que pueden provenir de la carrera Venezuela o de los predios aledaños a la casa", que hay excavaciones en el piso llenas de agua y que para darse cuenta el Juzgado de estos hechos tuvo que recorrer todo el sótano iluminándolo suficientemente, toda vez que es completamente oscuro.

En la sentencia se hace una síntesis completa de los hechos que relatan las tres pruebas anotadas, lo que indica que las apreció en todo su contenido, pero relacionándolas con los medios referentes a la información y examen que el comprador hizo del inmueble. En esta forma, el Tribunal encuentra que ni la oscuridad del sótano ni los objetos de que estaba lleno liberan a Callejas de la grave negligencia en que incurrió para darse cuenta de las causas de la humedad que encontró en el sótano después de comprada y recibida la casa de Londoño del Corral.

Los hechos observados por el Juez y los peritos en la inspección por sí solos no guardan relación alguna con la conducta del comprador en indagar los defectos de la casa, ni, por ende, con la conclusión a que llegó el Tribunal sobre ella.

En los apartes de la exposición del cargo, en los cuales pretende demostrar que hubo violación indirecta del artículo 1918 del Código Civil, dice el censor que no se aplicó, "no obstante haberse probado que el opositor conocía el vicio", y hace referencia a la declaración de José Ospina y a las posiciones absueltas por el demandado. Este solo enunciado pone de manifiesto que la pretendida violación indirecta del artículo 1918, sería consecuencia no del supuesto error de hecho, consistente en no haber apreciado la prueba testimonial, la inspección ocular y el dictamen pericial, citados por el recurrente en el cargo que se estudia, sino en el yerro de hecho o de derecho cometido en la estimación de las posiciones que absolvió Callejas, y de la declaración del testigo Ospina, medios que no abarca el cargo, y los cuales, según se verá en la consideración de la tercera censura, sí fueron vistos y apreciados por el sentenciador.

Lo expuesto demuestra que el cargo no puede prosperar.

— II —

En la segunda tacha alude el recurrente a que el fallo no estimó al comprador amparado por la calidad de que trata el ordinal tercero del artículo 1915, ya citado, porque no sospechó que tratándose de una habitación subterránea, "podía adolecer de humedades, como ocurre comúnmente", y porque no se asesoró de un experto que examinara el inmueble.

Considera el censor que este razonamiento del Tribunal obedece a error evidente en la falta de apreciación de las mismas pruebas en que funda el primer cargo, mediante las cuales se estableció que "el sótano se hallaba en su mayor parte cubierto de cajones y basuras que ocultaban las humedades, y que el recinto se encontraba a oscuras en su mayor parte, pues solamente había una bombillita de 25 watios a la entrada".

Ninguno de estos obstáculos, continúa el acusador, debía infundir sospechas de desconfianza en el adquirente, según lo reconoce el fallo, los sótanos se utilizan para tales fines, y "se encuentran siempre sucios, con basuras y mal alumbrados". Y al paso que el Tribunal consideró al vendedor de buena fe, halló como negligencia grave del comprador no haber removido aquellos obstáculos, lo cual constituye una grave equivocación, porque era el primero el llamado a sacar los cajones, asear e iluminar el sótano, con tanto mayor razón si se advierte que los testigos citados informan que utilizaron tres camiones para retirar esas cosas. Agrega el impugnante que si hubo negligencia fue del vendedor, que omitió manifestar el vicio, y mostró el inmueble en condiciones en que ni siquiera un experto hubiera podido descubrirlo, sin darse facultades que solamente tiene el propietario. La anotación de que todos los sótanos presentan humedad, puede ser cierta respecto de las que provienen de la tierra ordinariamente, pero el Tribunal olvidó que los que motivan el juicio se originaban en la rotura de los desagües y en las filtraciones de aguas de la calle, debido a la falta de aislamiento del muro correspondiente. "Si se hubiera tratado de la humedad natural de los sótanos, no hubiera existido este pleito".

Transcribe la opinión del tratadista, acogida por el Tribunal, de que "El adquirente de un inmueble no puede alegar la garantía si no ha notado el vicio que un arquitecto habría descubierto inmediatamente", porque en tal caso el defecto sería aparente. Y expresa el acusador su

desacuerdo con esta opinión, dado que el artículo 1915, ordinal 3º precitado, le quita al vicio la condición de oculto, cuando el comprador inexperto no puede conocerlo por negligencia grave; y cuando por razón de su profesión u oficio pudo conocerlo fácilmente. El concepto prohijado por el Tribunal "va más allá del límite fijado por la ley, puesto que impone al comprador inexperto no ya la obligación de obrar sin negligencia sino la de obrar como profesional o experto en la materia".

Estima también el censor que si la norma comentada estatuye que si el profesional o experto no descubre "fácilmente, o sea, a primera vista el vicio", "este se reputa oculto", mal podía haber impuesto al profano la obligación de investigar profunda y sustancialmente la cosa para no incurrir en negligencia grave ... En cambio al vendedor sí le incumbe siempre la obligación de manifestar el vicio".

Los conceptos del fallo a que ha aludido el impugnante en esta tacha, "entrañan un nuevo error manifiesto de hecho, por incorrecta aplicación de las pruebas que indiqué en el literal b) de este escrito a consecuencia de lo cual se infringieron las normas legales que indiqué en el literal f) de la manera allí.

Agrega que el fallo también violó indirectamente y a consecuencia del mismo error manifiesto de hecho, por falta de apreciación, el artículo 769 del C. C. que establece la presunción de buena fe, porque se la negó al comprador, a quien atribuyó negligencia grave por no haber sospechado que en el sótano debajo de las basuras y cajones puestos por el vendedor, podían existir humedades ocultas, por no haber retirado aquellos objetos y no haberse asesorado de un experto en construcciones para contrarrestar la omisión del vendedor.

La Corte considera:

De esta síntesis de la exposición antitécnica y oscura del cargo, resulta que también lo funda en error manifiesto de hecho en la apreciación de las mismas pruebas de que trata la censura anterior, o sea, la declaración de los testigos Oscar Yepes, Luis Enrique Guzmán y José Calle, la inspección ocular y el dictamen de los peritos que asesoraron al Juez. En el estudio de esa tacha, se vio que el Tribunal sí apreció esos medios en lo que ellos dicen sobre la oscuridad del sótano, la existencia allí de cajones y basuras, cuando los testigos fueron llamados para que hicieran el arreglo de los desagües pasado un mes de celebrado el contrato, y sobre las reparaciones ya efectuadas cuando se practicó la inspección ocular.

El recurrente no expresa en qué consiste el error de hecho, pero lo descarta, por cualquiera de los dos aspectos en que puede presentarse, la afirmación categórica que hace el Tribunal de que la casa de vieja construcción "indudablemente adolecía de un vicio ocasionado por la humedad de los muros del sótano y proveniente, en parte quizá del deterioro de los desagües, y, principalmente, de hallarse la edificación en un nivel muy inferior al piso de la carrera de Venezuela, lo que permite filtraciones de agua subterránea. Estos hechos están debidamente acreditados con la inspección ocular, la exposición de los peritos, algunos testimonios y la confesión misma del demandado, en cuanto se refiere a la existencia de la humedad". También admite el fallador que el sótano era oscuro y que en él había cajones y basuras.

Ahora bien, las condiciones en que se encontraba el sótano no son hechos que de por sí lleven a demostrar que el comprador los ignoró sin grave negligencia de su parte, porque esta es una circunstancia que debe analizarse a la luz de los elementos de juicio que obren en el proceso sobre la conducta observada por él en examinar u observar la casa, como son su propia confesión, según lo anota la sentencia, y declaraciones presentadas por el demandado, que no han sido motivo de censura. Para estimar violado indirectamente el artículo 1915, ord. 3º hubiera debido acusarse el fallo por error de hecho en la apreciación de la confesión de Callejas y demás pruebas relacionadas con las medidas que tomó en inspeccionar la casa antes de perfeccionar su compra.

La consideración del Tribunal acerca de que la omisión de Callejas en haberse asesorado de un arquitecto o técnico para descubrir la humedad del sótano y sus causas lo hizo incurrir en negligencia grave para informarse del defecto de la casa, es una cuestión de hecho, pero que tampoco se relaciona con la prueba a que se contrae la censura.

El cargo en la forma presentada es inane.

La tercera censura está expuesta así:

"Dice el fallo que por lo que hace a la conducta del vendedor, es de observar que se trata de una persona de notoria honradez, que no obró con dolo cuando no manifestó el vicio, según

confesión del mismo vendedor. Que aunque ello no implica que no tuviera la carga de dar noticia de los vicios y de probar que la dio, queda exonerado por haberse establecido la ignorancia del comprador proveniente de negligencia grave.

"Los conceptos que acabo de anotar constituyen un nuevo error manifiesto de hecho; en autos no hay probanza acerca de la notoriedad de la honradez del vendedor, por lo cual dio por establecido un hecho que no lo está. Por el contrario, existen pruebas de que al comprador se le mostró el sótano a oscuras, cubierto de basuras y lleno de obstáculos que impedían el acceso a algunos lugares y hasta "la adecuada visibilidad", tales como la inspección ocular, el dictamen pericial y las declaraciones de Oscar Yepes, Luis Enrique Guzmán y José Calle lo describen (fls. 3 a 6 del C. principal y 33 a 36 del C. de prb. de actor). Además con la confesión del vendedor y la declaración de José Ospina (fls. 41 y 35 del C. de pr. del actor) queda establecido que el vendedor conocía el vicio cuando hizo la venta.

"Por este concepto se transgredió también la ley sustantiva en las normas legales que señaló en los literales e) y f) a los cuales me remito para no repetir innecesariamente".

La Corte considera:

Vuelve el recurrente a estimar que el error manifiesto de hecho está en las consideraciones del Juez sobre la honradez del vendedor y la intrascendencia del silencio guardado por el mismo respecto del vicio, dada la ignorancia del comprador por grave negligencia de su parte. Lo indicado en la sustentación del cargo por error de hecho era exponer en qué consistía este con relación a las pruebas que cita, demostrarlo e indicar el aspecto por el cual fueron violadas indirectamente las normas sustanciales invocadas.

El pretendido error de hecho tocaría: 1º—Con la falta de prueba de la honradez del vendedor; 2º—Con las declaraciones, la inspección ocular y el dictamen a que aluden los dos cargos anteriores; y 3º—Con la confesión del demandado y la declaración de José Ospina.

El aserto del fallo de que Londoño del Corral "es un hombre de notoria honradez", ante la explicación de la misma providencia atinente a que como vendedor estaba obligado a informar del defecto de la casa a Callejas, carece de trascendencia en la decisión, porque para el sentenciador el no calificarse el vicio como redhibitorio obedeció principalmente a la negligencia grave del comprador en enterarse del pretendido defecto. Entonces el sentenciador aplicó bien los artículos 1915, ord. 3º y 1918 del Código Civil, en cuanto consideró que era una consecuencia la aplicación de esas normas y en relación con las pruebas sobre la ignorancia culpable de Callejas como comprador.

La sentencia habla expresamente de que José Ospina, vecino del demandado, antes de la venta le llamó la atención a Londoño del Corral por la humedad de la casa, de la cual el exponente recibía perjuicios; y "de las posiciones absueltas por el demandado, en donde confiesa la existencia de la humedad con anterioridad al contrato, pero advirtiendo que la humedad provenía no del mal estado de los desagües sino de las filtraciones de la carrera Venezuela y que le dio noticias al comprador de dichas humedades". Con respaldo en estas pruebas, concluye el Tribunal: "El vendedor conocía el vicio, y no existe en los autos prueba de que se lo hubiera manifestado el comprador como tampoco de que hubiera tratado maliciosamente de ocultárselo".

Dedúcese de estos pasos del fallo que la confesión del demandado y el testimonio de José Ospina fueron apreciados en lo que ellos contienen, y, que, por lo mismo, el Tribunal no incurrió en error de hecho en la acogida que les dio.

La prueba testimonial del maestro y obreros que repararon los desagües de la casa dentro del sótano, y aislaron los cimientos de este, la visita ocular y el concepto pericial analizados en el estudio de las tachas anteriores, guardan relación directa con los vicios que ofrecía el inmueble los cuales acepta el fallador, pero no con la conducta observada por el comprador durante el tiempo que transcurrió de la oferta a la celebración de la venta, porque los declarantes fueron llamados por Callejas para buscar las causas de la humedad después de un mes de perfeccionado el contrato y entregada la casa, y la inspección se efectuó a los tres meses de ocurridos estos hechos. Por lo mismo, ni los obreros, ni el Juez ni los peritos tuvieron oportunidad de apreciar cómo se le mostró la casa al comprador, ni cuál fue la conducta adoptada por él para poder conocer los defectos que había en el sótano y exonerarlo de la imputación.

Tampoco hay error de hecho por esta fase del cargo.

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 diez y siete de junio de mil novecientos sesenta y uno proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Aldemar Callejas Villa contra Andrés Londoño del Corral.

Las costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

H I J U E L A

Su valor como prueba del dominio.—Título.

1.—En materia de reivindicación y según la doctrina de la Corte, la hijuela expedida en un juicio de partición de bienes comunes o de bienes hereditales, es título suficiente para comprobar el dominio, salvo que a ella se le oponga otro título anterior o una posesión también anterior. En estos casos de excepción se requiere completar la hijuela con el título o títulos del causante para que ella conserve su eficacia probatoria frente a quien ha sido opuesta. Así lo expresó la Corte en casación de 22 de mayo de 1940 (XLIX, 1955, 313), doctrina ésta que compendió posteriormente en casación de 31 de octubre de 1955, LXXXII, 2159, 512.

2.—En punto de reivindicación, no es jurídicamente exacto el concepto del recurrente sobre que la prevalencia de unos títulos esté subordinada a la suma de las posesiones de los dueños sucesivos, porque esos títulos prueban el dominio por sí mismos, esto es, sin necesidad de complementarlos con la demostración de las posesiones aludidas.

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

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

La señora Elisa Flórez demandó al señor Manuel Castañeda ante el Juez Primero Civil del Circuito de Armenia para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que la demandante es dueña de un solar con casa de habitación ubicado en el perímetro urbano de la población de Montenegro y se condenase al demandado a restituirle ese inmueble con sus frutos y a pagar las costas del juicio.

Los hechos principales de la demanda expresan en resumen que la señora Flórez hubo el inmueble que pretende reivindicar por compra que hizo a Liborio Vargas por medio de la Escritura número 302, extendida en la Notaría de Montenegro el primero de julio de 1956; que el tradente Vargas adquirió el mismo bien por adjudicación que le fue hecha en la mortuoria de Ismael Vargas, según hijuela que se inscribió el 21 de mayo de 1938; que la Flórez había comprado el solar a José Muñoz por documento privado suscrito en 1912, pero que Muñoz se lo transfirió a Ismael Vargas y de éste pasó a Liborio Vargas, según lo expuesto; que la demandante poseyó ese fundo hasta hace unos años, en que se lo dio a su hija Aura Flórez para que viviera allí con su familia y con su marido Manuel Castañeda, pero que éste, al fallecer la mentada Aura Flórez, se negó a devolver el inmueble a su dueña, se apropió de él y desde hace unos cuatro años lo viene poseyendo sin título alguno y de mala fe.

El demandado Castañeda contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones de la parte actora y negando la mayoría de los hechos, pero expresando ser verdad que él posee, a título de señor y dueño, desde hace más de veinte años el inmueble que es materia de la reivindicación y que a sus expensas construyó la casa que existe en ese predio.

El Juez del conocimiento cerró la primera instancia del negocio con el fallo de 30 de septiembre de 1961, en el cual se declaró que la demandante Elisa Flórez es dueña del inmueble especificado en la demanda y se condenó al demandado a restituir ese bien y a pagar sus frutos y las costas del juicio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El demandado se alzó contra el fallo de primera instancia, y, una vez surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronunció la sentencia de 20 de

agosto de 1962, por la cual se confirmó el proveído apelado con la adición de reconocerle al mismo demandado derecho de retención sobre el inmueble mientras no se le pague la suma de $ 3.000.00, valor de la casa construída allí por él, y con la reforma de absolverlo del pago de las costas de primera instancia.

El fallo del Tribunal recuerda los cuatro elementos que integran la acción reivindicatoria, analiza las pruebas allegadas por la actora y encuentra demostrados en este caso el dominio de la propia demandante sobre el fundo que es objeto de la litis, la calidad de cosa singular que tiene ese inmueble, la identidad del mismo y la posesión del demandado Castañeda. Como éste alegó venir ejerciendo esa posesión desde hacía más de veinte años, la sentencia examina este punto en los términos siguientes:

"Queda por examinar si la posesión del demandado, como éste lo afirma, es anterior al título de dominio que aduce la actora. Esta presentó copia del instrumento público que se ha mencionado y también arrimó a los autos el título por el cual adquirió el vendedor Liborio Vargas, constituído por copia de la hijuela que se le formó en el juicio de sucesión del señor Ismael Vargas, protocolizado en la Notaría Segunda del Circuito de Armenia por Escritura número 444, de 22 de junio de 1938. Esta hijuela está seguida de copia de la sentencia aprobatoria de la partición. Según esa hijuela, al señor Vargas le fue adjudicado en el juicio de sucesión que se ha mencionado el mismo inmueble que posteriormente le transfirió a título de venta a la actora en este juicio. De suerte que la titulación de la actora arranca del año de 1938.

"Por su parte el demandado, con la pretensión de acreditar la posesión que ha ejercido, presentó la declaración de los señores José A. Cardona, Marco A. Echeverry, Simeón Sandoval, Samuel Guarín, José Gil, Daniel Hernández, Dionisio Ríos, Jorge Cardona y José Largo. De lo que afirman estos testigos se deduce que el demandado construyó la casa que ocupa con su familia, pero no se infiere que haya estado en posesión del inmueble, solar y casa, desde entonces. Gil dice, por ejemplo, que Castañeda construyó por ahí en 1938 o 1940 y que 'yo sé que la casa es de él porque la construyó, y el solar no sé de quién será'. Dionisio Ríos, por su parte, dice que a él lo buscaron Elisa Flórez y Manuel Castañeda para que hiciera la casa de que se trata y que construyó la casa a nombre de los dos por ahí en 1938; que cuando Castañeda se fue a vivir a Palmira, la señora Elisa arrendaba la casa como dueña, pero cuando Castañeda volvió, éste ocupó nuevamente la casa; que lo que no le consta es que la señora Elisa le prestó el lote a Castañeda para que hiciera la casa.

"Y efectivamente todo parece indicar que la señora Elisa Flórez autorizó a su yerno para que construyera la casa que ocupó con su familia. Y tal vez por ser ello así, se explica que cuando Castañeda se fue para Palmira, la casa quedó en poder de la señora Flórez, quien la arrendaba como si fuera su dueña. Y se explica también por qué al regreso del señor Castañeda ocupó la misma casa.

"La prueba que ha debido traer el demandado tenía que ser categórica sobre la existencia de la posesión que alega a su favor. La que trajo deja muy fundada la creencia de que tal posesión apenas lleva de vida muy pocos años, quizás sólo del año de 1955 en adelante. Deja por consiguiente en pie la posibilidad de que si en los años anteriores, a partir del año de 1938, vivió en la casa que él mismo construyó, no lo hizo como dueño, sino únicamente como mejorista, como quien levanta una edificación en un terreno ajeno y se le permite o tolera su ocupación. Los elementos del juicio indican que la señora demandante era reputada como dueña del terreno que hoy reivindica; posiblemente por amor maternal, por afecto a su hija, la esposa del demandado, consintió en que éste edificara en tal terreno y así tuviera techo para albergar a su familia. Dadas estas circunstancias, el demandado ha debido probar en tal forma que quederan eliminadas totalmente estas apariencias. Pero, se repite, la prueba que trajo lo deja vivus y así no se sabe si el disfrute del inmueble porque es demandado, lo tuvo como efecto natural del fenómeno posesorio que alega, o porque su suegra, por serlo, generosamente se lo permitió. Esta incertidumbre encuentra su asistento en la omisión probatoria del actor".

La sentencia concluye expresando que al demandado se le debe reconocer derecho de retención sobre el inmueble en litigio mientras no se le pague por la actora la suma de $ 3.000.00 en que fue justipreciada la casa construída por él en ese fundo.

LA IMPUGNACION

El mismo demandado recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales se-

ñaladas por el artículo 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado tres cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo. — Versa sobre la violación indirecta de los artículos 762, 764, 778, 783, 946, 950, 1013, 1155 y 2521 del C. Civil, por falta de aplicación de unos y por aplicación indebida de otros, a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En desarrollo de esta censura el recurso transcribe los artículos 762, 778 y 2521 del C. Civil y dice que la suma de posesiones que estos dos últimos preceptos regulan, requiere para su validez la demostración de dos elementos consistentes en un título traslaticio de dominio y en la posesión de cada uno de los sucesivos tradentes. Si uno cualquiera de los títulos tiene su causa en una sentencia de partición, el carácter declarativo de ésta impone la exigencia de allegar al juicio como elemento de convalidación el título de adquisición que tenía el causante. Además, cuando la posesión del demandado es anterior al título del actor, la prevalencia de este título está condicionada a la suma de posesiones de los tradentes anteriores, por lo cual se requiere demostrar entonces los dos elementos mencionados, a fin de que se reúnan los presupuestos de la acción reivindicatoria, pues de lo contrario quedaría desamparada la legitimación en causa del demandante frente a la presunción de dueño que favorece al poseedor material.

Según el recurso, la demandante se acogió en forma implícita al derecho consagrado por el artículo 778 del C. Civil sobre suma de posesiones, y la sentencia admitió ese fenómeno, llegando a fijar como época inicial de la posesión de la actora el año de 1938 y no el primero de julio de 1956, que es la fecha del título de la señora Flórez. El mismo recurso transcribe el pasaje de la sentencia ya preinserto, en que se enuncian los títulos allegados por la parte demandante y en que se expresa que dicha titulación parte de 1938, y agrega: "La conclusión del Tribunal, al fijar el año de 1938 como inicial de la posesión en el actor, es notoriamente errada, porque los presupuestos de la acción que surgen de la aplicación en el campo procesal del artículo 778, no se han configurado en este juicio.

"En efecto, ni el actor allegó al juicio el título por el cual Ismael Vargas, causahabiente (sic) de su vendedor Liborio Vargas adquirió el inmueble litigioso, ni se demostró que el bien adjudicado a éste en la sucesión de Ismael Vargas, fuera el mismo relacionado en la Escritura número 302 de 1956. Tampoco en la prueba de inspección ocular del 24 de julio de 1961, ni en la pericial del 10 de julio de 1961, ni los testigos del demandante, establecieron dicha identidad, sin la cual la acción de dominio se queda en medio camino (artículo 946 del C. C.). Y menos aun se acreditó con la prueba pertinente (art. 981 del C. C.) que Liborio e Ismael Vargas hubiesen poseído, mediante la ejecución de actos inductivos de señorío, el inmueble que ha sido objeto de este litigio".

De acuerdo con lo anterior, la titulación de la demandante no parte de 1938, como lo afirma la sentencia, sino del primero de julio de 1956, fecha de la Escritura número 302, y "como esta última fecha —dice el recurso— es posterior al año de 1955, que el Tribunal, luego de analizar la prueba testimonial del demandado, fijó como término inicial de su posesión, queda claro que la presunción de dueño del artículo 762 del C. C. favorece notoriamente al demandado frente a la pretensión del actor".

El recurso concluye así la exposición de este primer motivo:

"De no haber, pues, incurrido el H. Tribunal en los errores enunciados, dando como probados hechos inexistentes, no habría condenado al demandado Manuel Castañeda a la restitución del bien sub-judice, dando así prioridad a un título posterior de posesión como lo es el del actor sobre la posesión anterior del demandado, violando así, por vía indirecta, los preceptos de los artículos 778, 2521, 783, 946, 950, 1113, 1155 del C. C., que aplicó indebidamente, y el artículo 762, 764 ibidem, que dejó de aplicar, para confirmar la presunción de dueño que como poseedor tiene el demandado".

Segundo cargo. — Se hace consistir en el quebranto indirecto de los artículos 762, 764, 765, 778, 783, 946, 950, 1113, 1115 y 2521 del C. Civil, unos por falta de aplicación y otros por aplicación indebida, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Como norma probatoria violada se señala el artículo 601 del C. Judicial.

El recurso sustenta este motivo expresando que la sentencia, después de analizar la prueba testimonial aportada por el demandado, concluyó afirmando que la posesión de éste data de fecha anterior al otorgamiento del título de la demandante, esto es, de la Escritura número 302, de primero de julio de 1956, pero que tal conclusión es notoriamente equivocada, porque se de-

riva de no haber tenido en cuenta el fallo la prueba documental aducida por el mismo demandado y de haber apreciado erróneamente la abundante prueba testifical que allegó el propio demandado Castañeda. En efecto, en el juicio figuran los siguientes documentos: el acta de la diligencia de inventario y avalúo de bienes practicada en la sucesión de Aura Flórez, esposa de Castañeda; la hijuela que en la misma mortuoria se le expidió a éste; el dictamen de los peritos Tulio Cortés y Manuel Valencia sobre que el inmueble adjudicado a Castañeda en la sucesión dicha es el mismo que aparece en el título de la demandante. En estos documentos se lee que la casa y las mejoras las hubo la sociedad conyugal Castañeda-Flórez por haberlas hecho a sus expensas y que el solar fue adquirido por posesión continua y pacífica durante más de veinte años.

En seguida dice el recurso: "Tanto los inventarios como la adjudicación fueron ignorados por el fallador; ni siquiera le merecieron una alusión en la sentencia, no obstante su calidad de documentos públicos y no obstante la manifestación en ellos contenida sobre el hecho posesorio y su continuidad en el tiempo, por un espacio mayor de veinte años. La contraparte no objetó estas pruebas, pero el Tribunal las pasó por alto como si ninguna incidencia pudieran tener en el contradictorio".

La sentencia examinó la prueba testimonial traída por el demandado para demostrar su posesión y dedujo que esa prueba no disipaba la duda sobre si Castañeda había ocupado inicialmente el solar en nombre propio o en nombre de su suegra, la demandante Flórez. Según el recurso, también esta otra conclusión quebranta la más elemental lógica, pues "el Tribunal vacila al cotejar y calificar la prueba entre sí los hechos atestados demuestran real 'estado posesorio' en el demandado, o simplemente un estado de tenencia a nombre de la actora, suegra del señor Castañeda. Colocado en una posición dubitativa frente al examen de la prueba, el ad quem opta por la segunda calificación, negando la primera, o sea la calidad de poseedor en el demandado, violando así en forma expresa la norma imperativa del artículo 601 del C. Judicial", según el cual las pruebas deben apreciarse de acuerdo con su estimación legal, y, a falta de ésta, en consonancia con los principios de la equidad, conforme a los cuales cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado.

La exposición de este cargo termina así:

"La concurrencia de estos errores de hecho y de derecho llevó al fallador a desconocer en el demandado un 'status posesorio' que, según el dicho de sus testigos, alcanza hasta el año de 1936, fijando en su lugar el año de 1955, permitiendo así que, al aceptar la suma de posesiones del demandante, según vimos en el cargo anterior, quedara victoriosa la pretensión del actor y destruída la presunción de dominio en el demandado. La insistencia en estos errores llevó al Tribunal a dictar sentencia de fondo favorable a las peticiones del libelo, violando así en forma indirecta, por falta de apreciación de algunas pruebas y por violación del artículo 601 del C. J., los artículos 778, 2521, 783, 946, 1013 y 1115 del C. Civil, que aplicó indebidamente, y los artículos 762, 764, 765, concordantes y siguientes, que dejó de aplicar en favor del demandado".

Cargo tercero. — Este motivo, que no es sino una variante del primer cargo, aparece enunciado en estos términos por el recurso: "Aplicación indebida del artículo 778 del C. Civil, por cuya causa el Tribunal aplicó también indebidamente los artículos 783, 1013, 1115 y 2521 del mismo Código, y los artículos 946 y 950 ibídem, aplicados a una situación de hecho no demostrada en el juicio, dejando de aplicar los artículos 762 y 764 del C. Civil".

Sobre este motivo dice el recurso que, al exponer los cargos anteriores, se dejaron establecidos los presupuestos necesarios para que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 778 del C. Civil, pueda operar eficazmente la suma de posesiones frente a las pretensiones de otros poseedores inscritos, y que en el caso actual la demandante no adujo el título de adquisición de Ismael Vargas ni comprobó que éste y Liborio Vargas hubieran poseído para poder agregar así estas posesiones a la suya. Continúa expresando que el sentenciador no puede darle aplicación a una norma sustancial sin que aparezcan demostrados los elementos de hecho que la misma norma prevé, pues que de lo contrario se llegaría a violar dicho precepto por aplicación indebida. "No otra cosa ha ocurrido en este negocio —dice el recurso— donde el Tribunal aplicó la suma de posesiones del actor para superar así la fecha de posesión material reconocida al demandado y que fue fijada para el año de 1955, dando así prelación a aquél en el derecho y condenando a éste a la restitución del inmueble.

"Como consecuencia, la aplicación indebida del artículo 778 del C. Civil al caso de autos, hace que la sentencia sea impugnable y que en su lugar se absuelva a Manuel Castañeda de los cargos que le fueron formulados en la demanda".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I)—Antes que todo vale recordar que, en materia de reivindicación y según la doctrina de la Corte, la hijuela expedida en un juicio de partición de bienes comunes o de bienes hereneiales, es título suficiente para comprobar el dominio, salvo que a ellas se le oponga otro título anterior o una posesión también anterior. En estos casos de excepción se requiere completar la hijuela con el título o títulos del causante para que ella conserve su eficacia probatoria frente a quien ha sido opuesta. Así lo expresó la Corte en casación de 22 de mayo de 1940 (XLIX-1955, 313), y posteriormente, en casación de 31 de octubre de 1955, compendió su doctrina en estos términos: "La prueba del dominio sobre los bienes adjudicados, como la prueba del dominio en general, es relativa. Puede bastar la hijuela, o requerir el complemento del título del causante: a)—Es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, o sus causahabientes; y b)—Lo es también en controversias con terceros en que se oponga a la hijuela un título posterior, o una posesión iniciada posteriormente a la adjudicación o participación, a menos que la posesión hubiese configurado el modo de la usucapión; mas no así si el título que se le opone es anterior, caso en el cual es necesario aducir el título del causante, y aún otros, según el caso" (LXXXI-2159, 512).

Se acusa la sentencia en primer lugar de infringir varios preceptos sustanciales a causa de errores de hecho consistentes en tener por demostrados unos hechos inexistentes. De la exposición de la primera censura se saca en claro que el error de hecho que se imputa al fallo, radica en que dio por establecidas sin prueba alguna las posesiones ejercidas sucesivamente por Liborio e Ismael Vargas sobre el fundo de la litis y le permitió a la demandante agregar esas supuestas posesiones anteriores a la suya propia para concluir que dicha suma de posesiones superaba a la del demandado, quedando así destruida la presunción que favorece a éste, conforme a lo prescrito por el art. 762 del C. Civil.

En su demanda expresó la señora Flórez que ella adquirió el solar por compra que hizo a Liborio Vargas, según Escritura Nº 302, de primero de julio de 1956, y que su tradente Vargas lo hubo a su vez por adjudicación que le fue hecha en la mortuoria de Ismael Vargas, como consta en hijuela que se inscribió en mayo de 1938. Afirma también la demandante que ella poseyó desde mucho antes aquel inmueble, que posteriormente se lo dio a su hija Aura Flórez para que viviera allí con su familia y su marido Manuel Castañeda y que luego éste se apropió de ese bien y se ha negado a restituirlo a su propietaria.

El fallo no hizo referencia alguna a la posesión que la actora dijo haber ejercido sobre el solar, sino que se contrajo a confrontar los títulos de dominio aducidos por la misma demandante con la posesión del demandado Castañeda. Mejor aún: la sentencia no realizó ningún cotejo entre la posesión de la demandante y la posesión del demandado, porque la primera no asumió en el pleito la posición de simple poseedora anterior, sino la muy clara de dueña del inmueble en litigio en virtud de haber adquirido su dominio mediante los títulos que ella misma presentó. De aquí que con toda razón la sentencia se hubiera encaminado y reducido a confrontar únicamente los títulos de la actora con la posesión del demandado. No hubo, pues, confrontación de posesiones, y es notorio e indiscutible que ni la demandante alegó en su favor ninguna suma de posesiones, ni la sentencia acogió ese fenómeno de agregación de posesiones ni tuvo por acreditadas las posesiones anteriores de Liborio e Ismael Vargas. La afirmación contraria que hace el impugnante en casación no tiene más fundamento que una interpretación manifiestamente inadecuada de los términos de la sentencia, pues donde ésta dice que la "titulación" de la demandante arranca de 1938, el recurso entendió "posesión" y dedujo que se le había admitido a la actora sumar a su posesión la del antecesor Vargas, sin estar probada ninguna de ellas. Cabe anotar además que, en punto de reivindicación, no es jurídicamente exacto el concepto del recurrente sobre que la prevalencia de unos títulos esté subordinada a la suma de las posesiones de los dueños sucesivos, porque esos títulos prueban el dominio por sí mismos, esto es, sin necesidad de complementarlos con la demostración de las posesiones aludidas. Todo lo cual pone de relieve que el fallo no incurrió en el error de hecho que por este aspecto se le atribuye.

La sentencia encontró que los títulos de dominio allegados por la demandante parten de 1938 y que son anteriores a la posesión del demandado, por lo cual aquéllos deben prevalecer sobre ésta

para los efectos de la reivindicación. Para llegar a esta conclusión estudió, de un lado, la prueba testimonial aportada por el mismo demandado y halló que esa prueba sólo demostraba que la posesión de Castañeda se había iniciado en el año de 1955. De otra parte, acogió como título de dominio en favor de la demandante la hijuela que el tradente de ésta, señor Liborio Vargas, le fue expedida en mayo de 1933 dentro de la sucesión de Ismael Vargas. Siendo esta hijuela anterior a la fecha en que, según el fallo impugnado, se inició la posesión del demandado, es obvio que podía ser admitida por sí sola como prueba del dominio, o sea que en este caso no se requería complementarla con el título de propiedad del causante Ismael Vargas, según la doctrina de la Corte que atrás se dejó expuesta. Es de anotar por lo demás que el recurso no alegó ni demostró que el fallo hubiera incurrido en un error de hecho al apreciar los testimonios que se trajeron para comprobar la posesión del demandado.

II)—Se acusa también la sentencia de violar varias normas sustanciales a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

El recurso estima que la sentencia incurrió en errores de hecho y de derecho al apreciar las pruebas que se presentaron con el fin de establecer que la posesión del demandado data de más de veinte años y que es anterior a los títulos de la demandante. El error de hecho se hace consistir en no haber el fallo tenido en cuenta el acta de la diligencia de inventario y avalúo de bienes que se practicó en la mortuoria de Aura Flórez ni la hijuela que allí mismo se le expidió al demandado Castañeda. En estas piezas se dejó dicho que la sociedad conyugal Castañeda-Flórez hubo el solar en litigio por posesión de más de veinte años y que la casa y demás mejoras fueron puestas a sus expensas. Cierto es que la sentencia no hizo alusión alguna a estos documentos, pero no por ello incurrió en ningún error que pudiera incidir en la decisión tomada por el mismo fallo. Los documentos mencionados no acreditan en forma alguna la posesión del demandado ni de su cónyuge sobre el inmueble en referencia. Lo expresado en ellos sobre la adquisición del solar por posesión de más de veinte años y por plantación de mejoras, no es sino una manifestación unilateral del propio cónyuge y demandado Castañeda que nada prueba respecto de su posesión y que no es oponible a la demandante Elisa Flórez. No probando nada esos documentos acerca de la posesión anterior del demandado, era superfluo que la sentencia los apreciara, desde luego que de ellos ninguna conclusión podía deducirse en favor de la dicha posesión de Castañeda.

El error de derecho que también se atribuye a la sentencia, consiste en que ésta, al analizar la prueba testimonial aportada por el demandado para acreditar su posesión de más de veinte años, se halló en un estado de perplejidad sobre si tal prueba demostraba posesión o mera tenencia y en que no resolvió esa duda en favor del demandado, como lo dispone el art. 601 del C. Judicial, que así resultó infringido. La sentencia tuvo por probado que Castañeda construyó una casa en el solar, pero que lo hizo con la autorización de Elisa Flórez, dueña del inmueble, y además expresa el mismo fallo que los testimonios traídos por el demandado sólo prueban que él posee desde 1955 en adelante y no en los años anteriores, pues que entonces reconocía el dominio de la demandante y admitía su intervención en el arrendamiento de la casa. Es decir, que el fallo no se encontró en un estado de duda propiamente dicho, sino que halló deficientes los testimonios como prueba de la posesión del demandado durante los años anteriores a 1955. No fue la perplejidad, sino la falta de vigor probatorio de las declaraciones lo que indujo al sentenciador a desestimar los mismos testimonios como prueba de la posesión del demandado con anterioridad al año citado. No hubo, pues, ninguna duda que debiera resolverse en favor del demandado, ni se produjo ningún error de derecho por quebranto del art. 601 del C. Judicial.

III)—En relación con el llamado tercer cargo, se advierte que no es sino una repetición parcial del primer motivo, pues que en él se insiste en que la sentencia infringió el art. 778 del C. Civil al dar por probadas las posesiones de Liborio e Ismael Vargas y al admitir que la demandante agregara esas posesiones a la suya propia. Para demostrar la falta de fundamento de esta censura basta con recordar que no es exacto que la sentencia hubiera tenido por establecidas las posesiones de los señores Vargas ni admitido la yustaposición de tales posesiones. El fallo no trató de este fenómeno, sino que se redujo a confrontar los títulos aportados por la demandante con la posesión demostrada del demandado para concluir que aquéllos son anteriores al comienzo de dicha posesión y que en consecuencia deben prevalecer para el efecto de tener por infirmada la presunción de dueño que favorecía al mismo demandado y de asegurar la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Las consideraciones anteriores demuestran que los cargos son infundados.

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 veinte de agosto de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este juicio de reivindicación propuesto por Elisa Flórez contra Manuel Castañeda.

Sin costas en el recurso extraordinario porque no se causaron.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTERIOR

Su régimen patrimonial.—Sentido y alcance del artículo 180 del Código Civil.—Pruebas del estado civil y normas que las rigen.—Formas de matrimonio reconocidas por la ley.—Los hechos deben probarse en autos.

1.—Desde la vigencia de la Ley 57 de 1887, por virtud de lo dispuesto en su artículo 22, se tuvieron y admitieron "como pruebas principales del estado civil de las personas bautizadas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales".

Subsistieron al mismo tiempo como pruebas principales respecto de nacimientos, matrimonios y defunciones de personas no nacidas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica las actas extendidas en el registro del estado civil por los Notarios y demás funcionarios encargados de llevarlo.

Este régimen probatorio del estado civil se mantuvo hasta cuando entró a regir la Ley 92 de 1938, que expresamente modificó, entre otros, el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, en cuanto el artículo 1º dispuso que "los encargados de llevar el registro del estado civil de las personas serán: 1º—Los Notarios, y en los municipios donde no haya este funcionario, el Alcalde Municipal y 2º—Los funcionarios consulares de Colombia en el exterior"; y en el 18 le dio el carácter de pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones y reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a la vigencia del estatuto, "a las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley"; y en el artículo 19, asignó la calidad de pruebas supletorias a "las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivos Curas Párrocos, respecto de nacimientos o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica";

Para determinar si la prueba principal del matrimonio celebrado en Colombia es la de origen eclesiástico, o la llevada en el registro del estado civil por el Notario o el Alcalde Municipal, es indispensable que se haya acreditado la fecha en que tal acto se celebró. De lo contrario es imposible decir si tal prueba se gobierna por las normas de la Ley 57 o por las de la 92.

2.—Desde la vigencia de las Leyes 57 y 153 de 1887, que reconocieron efectos civiles a los matrimonios celebrados de acuerdo con el rito católico y alcance de plena prueba a las copias de las actas llevadas en los libros parroquiales de las personas casadas conforme al mismo rito, en Colombia existen dos formas de matrimonio reconocidas por la ley: el de los católicos que, por lo general debe presenciar el respectivo párroco (arts. 12, 19, 22 Ley 57, 50 de la Ley 153) y el de los no católicos que lo autoriza el Juez civil (arts. 128 ss. del C. Civil y 2º de la Ley 54 de 1924).

El artículo 17 de la Ley 35 de 1888, que aprobó el concordato celebrado entre el Gobierno de Colombia y la Santa Sede el 31 de diciembre de 1887, dispuso: "El matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento".

De las notas cruzadas entre el Ministro Plenipotenciario de Colombia en el Vaticano y el Cardenal Secretario de Estado, que precedieron al acuerdo por el cual se aclaró la proposición "todos los que profesan la religión católica" del artículo XVII del Concordato, que había sido interpretada diversamente por algunos Jueces y Ordinarios, se destaca la del 27 de febrero de 1924, en la cual el Cardenal Secretario de Estado como preámbulo a la declaración de que la Santa Sede tolera que los colombianos que se han apartado de la Iglesia Católica sean admitidos al matrimonio en forma civil, expresa de modo terminante: "A este propósito el Cardenal que suscribe debe declarar ante todo que la Santa Sede en conformidad con el Canon 1063 del Código de Derecho Canónico, no puede reconocer co-

no válido otro matrimonio que el religioso, para todos aquellos que han pertenecido a la Iglesia Católica aunque posteriormente se hayan apartado de ella".

El Canon citado que es parte del Título del matrimonio y del Capítulo que trata de la forma de celebrarlo, dispone: "Están obligados a guardar la forma determinada en los cánones anteriores: 1º—Todos los que han sido bautizados en la Iglesia Católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto estos como aquellos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí. 2º—Estos mismos, si contraen matrimonio con acatólicos están bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o de disparidad de cultos".

Así que en obedecimiento de las Leyes 35 de 1888, artículo 17, y 54 de 1934 arts. 1º y 2º que son partes del Código Civil, en cuanto tocan con el estado civil de las personas, están obligados a contraer matrimonio católico con efectos civiles los que han sido bautizados en la Iglesia Católica, y contrato civil los no bautizados y los que habiéndolo sido, han hecho declaración de haberse separado de la Iglesia y de la religión católicas en la forma prescrita por la Ley 54, "siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas o sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están sometidos en todo caso a las prescripciones del derecho canónico" (Ley 54 de 1934 art. 1º).

En este orden de ideas se tiene que los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, al tenor del artículo 19 del C. Civil, si son bautizados en el seno de la Iglesia Católica, deben contraer matrimonio de acuerdo con el derecho canónico, y si no son bautizados, pueden celebrarlo civilmente, o sea, ante autoridad competente del Estado de su residencia o domicilio.

3.—Es bien sabido que los hechos que no se establecen en el expediente son inexistentes para el sentenciador. Quod non est in actis non est mundo.

4.—Sobre el primer inciso del artículo 180 del Código Civil cabe observar que, conforme a los propios términos del artículo 1º de la Ley 28 de 1932, se considera que los cónyuges han tenido la sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio, aunque con las modalidades que esta misma ley establece respecto de la administración y libre disposición que cada cónyuge tiene sobre los bienes que aporte al matrimonio y los que adquiera a cualquier título mientras no se produzca ninguna de las causales de liquidación de esa sociedad. El inciso que se comenta solamente ha sido modificado por la Ley 28 de 1932.

El segundo, tocante con el régimen patrimonial que nace por efecto del matrimonio válidamente celebrado fuera del territorio colombiano por personas que pasan luego a domiciliarse en él, dispone que, "se mirarán como separadas de bienes, siempre que en conformidad con las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellas sociedad de bienes".

Sobre el contenido de esta norma debe observarse:

En primer lugar, comprende tanto el matrimonio de colombianos domiciliados en otro país, como el de extranjeros y el de colombiano y extranjero, pues en los términos: "los que se casaron fuera de un territorio", no hay limitación alguna, y sabido es que el intérprete no puede hacer distinciones donde la ley no las hace. Y como se trata del imperio de la ley nacional, ya está visto que en lo atinente al matrimonio, los colombianos deben celebrarlo en conformidad con las normas que regulan el estado civil, ya que el artículo 19 del Código Civil dispone que los colombianos "residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a este código", en lo relativo al estado de las personas.

El inciso citado exige, en segundo término, que los contrayentes pasen a domiciliarse en Colombia, requisito que se determinará de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Finalmente, siendo el matrimonio el acto que da origen al régimen que regula los derechos de los cónyuges en los bienes que aportan a él o adquieren durante la existencia del vínculo, el inciso que se comenta, teniendo en mente que en Colombia la regla general es la de que por el hecho del matrimonio se contrae la sociedad conyugal (arts. 180, 1774 C. C. y 1º Ley 28 de 1932), y que excepcionalmente se autoriza una separación convencional dentro de los límites permitidos por la ley, en cuanto se haya pactado en capitulaciones matrimoniales, y sin perjuicio del sistema de separación de bienes judicialmente decretada por las causales consagradas en el Capítulo XI, Título IX, Libro I del Código Civil y artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, añade: "se mirarán como separados de bienes siempre que, en conformidad con las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad conyugal". Desentrañando el sentido de esta proposición condicional, dispone ella que el Juez considerará a aquellos cónyuges separados de bienes, o sea, que aplicará los preceptos pertinentes del código que gobiernan esta situación, solamente en el evento de que se demuestre que las leyes del país donde se autorizó el matrimonio no establecen sociedad de bienes. Este segundo extremo, que es la hipó-

tesis de la oración, solo puede establecerse aduciendo la ley respectiva, única manera de saber si el matrimonio en ese país origina sociedad de bienes o no. Si lo primero, las adjudicaciones de bienes, los actos dispositivos sobre ellos y la liquidación del patrimonio social, llegado el caso, se regirán por el estatuto sobre sociedad conyugal; y si lo segundo, por las normas sobre separación de bienes.

El artículo 180 no contempla la aplicación de la ley extranjera sobre el régimen de separación de bienes o de sociedad conyugal, porque ella no tiene aplicación en Colombia sino en virtud de autorización expresa de la misma o de tratados públicos.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

Rosina o María Rosina Rodríguez de Garzón demandó en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá a Sofía Trinidad Gámez v. de Torres, para que en vía ordinaria se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª—Que la demandante María Rosina de Rodríguez es hija natural de Guillermo Torres Vargas.

2ª—Que la misma es heredera en la sucesión de Guillermo Torres Vargas, en su calidad de hija natural, en concurrencia con la heredera testamentaria Sofía Trinidad Gámez v. de Torres.

3ª—Que ésta, como heredera testamentaria de Guillermo Torres Vargas, tiene derecho únicamente a la cuarta de libre disposición, y que, en consecuencia debe restituir a la demandante su legítima rigurosa y la cuarta de mejoras, o sea, las tres cuartas partes de los bienes relictos junto con sus aumentos y frutos a partir de la contestación de la demanda, y las tres cuartas partes de los derechos que tenía el causante en la enajenación hecha al Distrito Especial de Bogotá mediante la escritura 224 de 30 de enero de 1957, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá con los intereses legales desde la contestación de la demanda.

4ª—En subsidio de la anterior y para el caso de que se declare que Sofía Trinidad Gámez tiene la calidad de cónyuge sobreviviente de Guillermo Torres Vargas, "está obligada a restituir, previa deducción de sus gananciales, las tres cuartas partes de la herencia dejada por el causante, más sus aumentos y frutos" y lo que corresponda por la enajenación de que trata la petición anterior.

Los hechos expuestos como fundamento de las pretensiones de la actora se resumen así:

Rosina o María Rosina Rodríguez nació en Ibagué, fue bautizada en la capilla del Carmen, hoy parroquia, el 30 de mayo de 1910, como hija natural de Ninfa Rodríguez. Desde esa fecha y por más de diez años, fue tratada como hija natural por Guillermo Torres Vargas, quien proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento, y le dio su apellido. Por este trato, los vecinos del domicilio de Torres Vargas, que fue Ibagué, la reputaron y reconocieron como hija de él.

La actora Rosina o María Rosina Rodríguez, es hija natural de Guillermo Torres Vargas, pues existen "una dedicatoria puesta para Rosina en un libro escrito por ... Torres Vargas, editado en Guatemala el año de 1929, titulado Sor Eulalia, donde claramente y antepuesto a su firma puso... TU PAPA QUE TE QUIERE" y cartas escritas del puño y letra de Torres Vargas para la demandante, en que la anuncia y confirma el envío de dinero en dólares, y le da un tratamiento afectuoso.

Rosina Rodríguez contrajo matrimonio con Luis Garzón en Bogotá el 28 de diciembre de 1929, del cual nació Gladys Garzón Rodríguez en Nueva York, a quien en cartas y escritos le daba Torres Vargas el tratamiento de nieta.

Guillermo Torres Vargas murió en Bogotá el 15 de diciembre de 1954, y dejó testamento abierto, contenido en la escritura 2902 de 28 de octubre de 1935 de la Notaría 2ª de Bogotá, en el cual instituye como heredera única a Sofía Trinidad Gámez de Torres Vargas.

En el juicio de sucesión testamentaria de Torres Vargas adelantado en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, fue reconocida Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas, de nacionalidad nicaragüense, como heredera única y albacea con tenencia y administración de bienes y cónyuge supérstite.

Para acreditar su estado de cónyuge de Guillermo Torres Vargas, la demandada presentó en el juicio de sucesión una partida de matrimonio civil, contraído en Guatemala el 28 de marzo de 1928, expedida por el Registrador del Estado Ci-

vil de esa ciudad, y el testador en la memoria de última voluntad hace referencia a ese matrimonio, que es inexistente para la legislación colombiana, y no produce efectos jurídicos en Colombia, habida cuenta de que Torres Vargas era colombiano y fue bautizado como católico.

En la mortuoria de Torres Vargas se le adjudicó a Gámez de Torres por gananciales y herencia un derecho por $ 75.000.00 en relación con un avalúo de $ 120.000.00 en el edificio situado en la calle 17 con la carrera 2ª de Bogotá.

El terreno de este edificio fue adquirido conjuntamente por los cónyuges Torres Vargas y Gámez de Torres por compra a Beatriz Páez de Fernández, al tenor de la escritura 3886 pasada en la Notaría Tercera de Bogotá el 19 de noviembre de 1947. La edificación, según declaraciones de Alberto Castillo y Félix Pinzón, protocolizadas en la Notaría Primera de Bogotá mediante escritura 123 de 20 de enero de 1949, fue construída por Torres Vargas con dineros de su propiedad.

Sofía Trinidad Gámez de Torres, después de la adjudicación que se le hizo en la mortuoria de su cónyuge, vendió al Distrito Especial de Bogotá, del terreno a que se refiere el hecho anterior, una zona de 89,14 v², según escritura 224 de 30 de enero de 1957, por la suma de $ 10.379.11.

La demandada, como poseedora, ha venido ocupando uno de los apartamentos del edificio y percibiendo los frutos de los demás desde la adjudicación de la herencia.

La demandada se opuso a las pretensiones de la actora, "pues jamás tuvo conocimiento de la existencia de la pretendida hija natural de su finado esposo, la cual durante tanto tiempo jamás había hecho la menor manifestación o gestión para que en una u otra forma se le reconociera tal carácter". En cuanto a los hechos, negó los fundamentales, y aceptó otros con explicaciones.

El Juzgado puso fin a la primera instancia en sentencia de ocho de junio de mil novecientos sesenta y uno, negando las súplicas de la demanda, absolviendo a la demandada Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas de los cargos, y condenando en costas a la parte demandante.

Apelada por ésta la decisión del Juzgado, la revocó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por sentencia de veinticuatro de agosto de mil novecientos sesenta y dos, y falló así:

"Primero.—Declárase que Rosina o María Rosina Rodríguez de Garzón, nacida en Ibagué el tres de mayo de mil novecientos diez, es hija natural de Guillermo Torres Vargas.

"Segundo.—Comuníquese al Notario respectivo la declaración hecha en el numeral anterior, para los efectos del artículo 33 del Decreto 1003 de 1939.

"Tercero.—Declárase que Rosina o María Rosina Rodríguez de Garzón es heredera de Guillermo Torres Vargas en su condición de hija natural, y que como tal tiene derecho a percibir los bienes de la herencia en la proporción que le corresponda de acuerdo con la ley, en concurrencia con la cónyuge sobreviviente y heredera testamentaria Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas.

"Cuarto.—Declárase que la demandante Rosina o María Rosina Rodríguez de Garzón tiene en el lote de terreno situado en esta ciudad de Bogotá, distinguido con los números dos cero cinco (2-05) de la carrera segunda (2ª), alinda do como se expresa en el hecho undécimo de la demanda, y en el edificio construido en dicho lote, un derecho equivalente a la cantidad de DIECINUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS ($ 19.766.25) sobre un avalúo de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00) y que su cesionario doctor Alberto Arias Gutiérrez tiene en los mismos lotes y edificio un derecho equivalente a la cantidad de OCHO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS ($ 8.471.25) sobre el mismo avalúo de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00).

"Quinto.—Declárase que la demandada Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas queda, consecuencialmente, con un derecho sobre los referidos lote y edificio equivalente a la cantidad de NOVENTA Y UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 91.762.50), sobre un avalúo de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00).

"Sexto.—Condénase a la demandada Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas a restituir a la demandante Rosina Rodríguez de Garzón y a su cesionario doctor Alberto Arias Gutiérrez, en la proporción que les corresponda de acuerdo con sus cuotas, el lote de terreno y edificio a que se ha hecho referencia en los numerales anteriores, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"Séptimo.—Condénase a la demandada Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas a pagar a la demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON CUATRO CENTAVOS ($ 5.449.04) M. C. y al doctor Alberto Arias Gutiérrez, como cesionario de la actora la cantidad de DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($ 2.335.30) M. C., valor del derecho que a éstos les corresponde en el precio de la venta hecha por la demandada al Distrito Especial de Bogotá de parte del lote de terreno antes mencionado.

"Octavo.—Condénase a la demandada Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas a pagar a la demandante Rosina Rodríguez de Garzón y a su cesionario doctor Alberto Arias Gutiérrez, el valor de los frutos correspondientes a las cuotas que tienen en el lote y edificación prenombrados, a partir de la contestación de la demanda.

"Parágrafo.—El valor de tales frutos se establecerá mediante el procedimiento señalado en el art. 553 del C. J.

"Noveno.—Cancélense en el registro las inscripciones correspondientes de la adjudicación que en el juicio de sucesión de Guillermo Torres Vargas se hizo a Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas sobre el lote de terreno y edificación a que se ha hecho referencia, y rehágase en conformidad con lo resuelto en esta providencia.

"Décimo.—Cancélese el registro de la demanda.

"Undécimo.—Niégase la petición tercera de la demanda.

"Duodécimo.—Con excepción de las del recurso, condénase a la demandada en las costas del juicio".

Motivación de la sentencia de segunda instancia

Encuentra el Tribunal que en la demanda se han acumulado sucesiva o consecuencialmente las acciones de declaración de la paternidad natural y la de petición de herencia, "cuyo ejercicio es procedente por satisfacer las exigencias del artículo 209 del C. J.".

Respecto de la acción de filiación natural, observa que de los hechos afirmados en fundamento de ella, invocó la actora las causales contempladas en los numerales 3º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, o sea, "si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga manifestación inequívoca de paternidad" y "cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".

De las pruebas aducidas al juicio, el fallador advierte que en el libro titulado "Sor Eulalia", de que es autor el pretendido padre natural, hay una dedicatoria que escribió de su puño y letra para Rosina y que a la letra dice: "Ojalá este librito te proporcione algunas horas de distracción. Tu papá que te quiere (fdo.) Guillermo Torres Vargas". En la frase "tu papá que te quiere" acepta el Tribunal que hay "una confesión inequívoca de paternidad, pues que manifestación tan clara, sincera y espontánea solo puede hacerla quien tiene la certeza de ser el padre del destinatario de esa declaración, y produce necesariamente en el ánimo del juzgador la convicción plena de que quien la hace tiene realmente la calidad de padre respecto de aquélla".

Esta confesión se halla corroborada con cartas para Rosina y suscritas por Guillermo Torres Vargas, en que manifiesta sus sentimientos de padre; especialmente las dirigidas a Gladys, hija de Rosina, la cual termina así: "'Mientras vuelvo a escribirte, recibe el abrazo de tu abuelito que te quiere'".

Observa luego el fallador: 1º—Que es doctrina legal más probable la de que la acción de filiación natural puede promoverse después de muerto el padre contra sus herederos, y que como la demanda es heredera testamentaria, su legitimación en causa no tiene reparo.

2º — Que, según doctrina de la Corte, las disposiciones de la Ley 45 de 1936 son aplicables también a los hijos naturales nacidos con anterioridad a su vigencia, sin que ello implique violación del principio de retroactividad de la ley.

En cuanto a la acción de petición de herencia, basada en el artículo 1321 del Código Civil, prosigue el Tribunal, la demandante respalda su pretensión en dos hechos: que es hija natural de Guillermo Torres Vargas y, por tanto, heredera del mismo; y que "la demandada no tiene la calidad de cónyuge de aquel por no haber contraído matrimonio católico con él, y ser inexistente ante la legislación colombiana el matrimonio civil que contrajeron en Guatemala por no haber apostatado el señor Torres Vargas. De donde concluye la parte actora que la demandada solo tiene

derecho a la cuarta de libre disposición en su condición de heredera testamentaria".

Considera el sentenciador que la demandante ha demostrado plenamente su condición de hija natural de Guillermo Torres Vargas, que es el primer elemento de la acción de petición de herencia, o sea, el estado de hija natural de la demandante en la sucesión de su padre natural.

El otro extremo, esto es, que la demandada ocupa la herencia de Torres Vargas, como heredera, también lo admite demostrado con las copias tomadas del juicio de sucesión seguido en el Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá, de las cuales consta que a Sofía Trinidad Gámez v. de Torres Vargas se le adjudicaron bienes a título de cónyuge y heredera del nombrado causante.

Anota que debe establecerse si la demandada tiene o no la calidad de cónyuge de Torres Vargas, para fijar la cuota que tanto a ella como a la demandante corresponda en la herencia del causante.

Al respecto, se refiere al reconocimiento que el Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá hizo de Sofía Trinidad Gámez como cónyuge sobreviviente con fundamento en la certificación expedida por el Depositario del Registro Civil de la ciudad de Guatemala referente al matrimonio civil contraído por Guillermo y Sofía el 28 de marzo de 1928, y a su calidad de heredera universal con base en el testamento otorgado por el causante Torres Vargas.

Advierte que, conforme a reiterada doctrina de la Corte, los colombianos que profesan la religión católica solo pueden contraer matrimonio civil, cuando se han separado de su religión en la forma prescrita por la llamada ley Concha; "y si así no lo hicieren el matrimonio celebrado quedará afectado de nulidad absoluta, la cual podrá ser declarada por el Juez competente, ante quien tal nulidad se demanda". Pero en el proceso se acreditó que los citados Guillermo y Sofía contrajeron matrimonio católico, según la certificación expedida por el Arzobispo de Bogotá el 11 de septiembre de 1946. El contexto de este documento reza que en el archivo de la Curia Arzobispal se halla debidamente protocolizada la partida de matrimonio católico contraído por Guillermo Torres Vargas y Sofía Gámez viuda de Arauz. Añade que el certificado es copia del original y que no se puede expedir copia del acta de ese matrimonio por haberse quemado junto con todo el archivo arzobispal el nefasto 9 de abril de 1948.

Para el Tribunal, demostrada con el certificado aludido la existencia del acta o prueba principal de matrimonio en el archivo de la Curia y su desaparición, no puede remitirse a duda que aquella certificación expedida por el Arzobispo de Bogotá sobre la protocolización de la partida de matrimonio de los contrayentes Torres Vargas y Gámez de Arauz "es un documento auténtico al tenor del artículo 632 del C. J. y con fuerza de convicción bastante para establecer plenamente la existencia de ese matrimonio".

Procede luego a liquidar la sociedad conyugal teniendo en cuenta que todos los bienes, según la diligencia de inventarios, pertenecen a la sociedad conyugal por haber sido adquiridos dentro del matrimonio, por lo cual, hechas las deducciones de que trata el artículo 1016, distribuye el activo líquido de $ 75.000.00 entre los cónyuges a razón de $ 37.650.00 cada uno por concepto de gananciales.

La cantidad de $ 37.650.00 correspondiente al causante, la distribuye entre su hija natural y la cónyuge siguiendo lo preceptuado en el artículo 1242, que dispone dividir la herencia en cuatro partes así: dos para las legítimas rigurosas, una para las mejoras de los descendientes legítimos e hijos naturales, o descendientes legítimos de estos, sean o no legitimarios, y la cuarta de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

En el caso *sub lite*, a la hija natural le corresponden tres cuartas partes, dos como legítima rigurosa y una por mejoras, lo que da un total de $ 28.237.50. Pero como Rosina o María Rosina Rodríguez de Garzón, le cedió a su apoderado doctor Alberto Arias Gutiérrez el 30% hay que descontar de aquella la suma equivalente a dicho porcentaje, que es de $ 8.471.25.

A la cónyuge se le adjudicó la hijuela de deudas y gastos que ascienden a la cantidad de $ 44.700.00. Por lo cual su cartilla comprende esta partida, la de gananciales y la cuarta de libre disposición; la de la hija natural, el 70% de la legítima rigurosa y de la cuarta de mejoras; y la del cesionario, el 30% de las mismas. Observa que no hay lugar a deducir porción conyugal, por cuanto los bienes que corresponden a la cónyuge superan la cuarta parte del acervo hereditario.

Por último, estima el fallador que debe condenarse a la demandada a pagar a la actora y a su

cesionario "el valor de los frutos correspondientes a sus cuotas, a partir de la contestación de la demanda (C. C. art. 964, inc. 3º y 1323) y las tres cuartas partes de la cantidad de $ 10.379.11 que aquella percibió como precio de la zona de terreno que vendió al Distrito de Bogotá mediante la escritura 224 de 30 de enero de 1957, otorgada en la Notaría 1ª de esta ciudad, desmembrándola del inmueble de que se ha hecho mérito (C. 2ª f. 30) junto con sus intereses legales a partir de la contestación de la demanda".

Termina exponiendo que debe negarse la petición tercera de la demanda para acoger la segunda y la subsidiaria.

Recurso de Casación

Inconforme el apoderado de la demandante, interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, en el cual formula dos cargos con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial: el primero por violación indirecta de varias normas sustanciales a consecuencia de error de derecho en la apreciación de una prueba; y el segundo, por infracción directa de varios preceptos que estima de carácter sustantivo. Se estudia el primero que estaría llamado a prosperar.

— I —

La primera censura la enuncia así: "Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, acuso la sentencia por violación indirecta de las siguientes disposiciones sustantivas: artículos 1037 y 1040 (subrogado por el artículo 85 de la Ley 153 de 1887), 1046, 1047, 1242 y 1245 del Código Civil (los cuatro últimos en cuanto fueron sustituidos por los artículos 19, 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936; además del mismo código, los artículos 1274, 1275, 1277, 1321, 1322, 1323 y 1398; y 4º de la Ley 28 de 1932".

Agrega que al quebranto de estas normas llegó el Tribunal Superior por error de derecho en la apreciación del certificado que aparece al folio 15 del cuaderno 1º.

Concreta el cargo en estos términos: "El error de derecho consistió en haber estimado como documento auténtico para acreditar el estado civil, una certificación eclesiástica (que no es acta o partida eclesiástica) expedida por un funcionario que no es el autorizado para llevar los libros parroquiales donde se asientan las actas de matrimonio". Y también, en haber dado cabida el sentenciador a una prueba supletoria sobre estado civil sin haberse acreditado la falta de la principal, que, para el caso, era la partida notarial de matrimonio, según lo dispone el artículo 18 de la Ley 92 de 1938.

Los razonamientos que aduce el recurrente con el propósito de demostrar los anteriores asertos se resumen así:

El Tribunal, después de aceptar que en nuestro régimen legal no tiene valor el certificado expedido por el depositario del Registro Civil de Guatemala, referente al matrimonio civil contraído por Guillermo Torres Vargas "(ciudadano colombiano y bautizado en la religión católica)", y Sofía Trinidad Gámez, apareció como prueba plena del matrimonio católico la certificación expedida el 7 de enero de 1955, la que, según se expresa en el mismo texto, es copia de otro certificado de 11 de septiembre de 1946, sobre el matrimonio católico contraído entre Guillermo Torres Vargas y Sofía Gámez Umaña de Arauz, sin precisar fecha. En la certificación calendada en 1946 se anota que la partida de este matrimonio fue protocolizada en el archivo de la Curia Primada, y que no se puede expedir copia de ella por haberse quemado junto con todo el archivo arzobispal el nefasto 9 de abril de 1948.

Transcribe el acusador el certificado extendido por el Gobierno Eclesiástico de la Arquidiócesis de Bogotá y suscrito por el Obispo Auxiliar, y los pasos de la sentencia del Tribunal en que se refiere a él y deduce que como documento auténtico que es constituye prueba supletoria del matrimonio que contrajeron los nombrados Torres Vargas y Gámez Umaña de Arauz, a falta de la partida desaparecida por el incendio del Palacio Arzobispal el 9 de abril de 1948.

El recurrente estima erradas las conclusiones del sentenciador por las siguientes razones:

El artículo 347 del Código Civil dispone que el estado civil debe constar en el registro respectivo (civil o eclesiástico) "cuyas actas serán la prueba . . . del respectivo estado". Y los artículos 1º y 18 de la Ley 92 de 1938 estatuyen que los encargados de llevar el registro civil son los Notarios, en primer lugar, y que la prueba principal para acreditar el estado civil son las copias auténticas de las actas del registro civil expedidas por los funcionarios de que trata esta ley.

El certificado de la Arquidiócesis de Bogotá no expresa la fecha de celebración del matrimo-

nio entre Guillermo y Sofía, hecho importante para los efectos de la Ley 92 de 1938; el testamento de Guillermo Torres Vargas de 28 de octubre de 1955 no habla de matrimonio católico sino del civil que contrajo con Sofía Gámez; pero como la fecha más antigua a que alude el certificado de la Curia Arquidiocesana es el 11 de septiembre de 1946, "resulta lógico y dable presumir que se trata de un hecho acaecido con posterioridad a la vigencia de la ley citada, y entonces obliga a los contrayentes el registro civil, para poder obtener de allí la prueba principal de su matrimonio, en lo que respecta a los efectos civiles".

El artículo 395 del Código Civil, reformado por el 19 de la Ley 92 de 1938, establece que para la demostración del estado civil, hay pruebas principales y pruebas supletorias, y que no es posible acudir a las segundas sino cuando se acredite que no existen las primeras.

Cita el impugnante dos fallos de casación en que la Corte sostiene que para admitir la prueba supletoria del estado civil, es necesario demostrar la falta de la principal.

El error de derecho expuesto llevó al Tribunal a aceptar equivocadamente como prueba de la falta de la partida de origen eclesiástico, cuando ha debido acreditarse la inexistencia de la notarial, la constancia del Obispo Auxiliar sobre la imposibilidad de expedir la partida de ese matrimonio por haberse quemado en el archivo arzobispal el 9 de abril de 1948, pues los encargados de extender las actas de matrimonio y de llevar los libros de registro son los párrocos, "según el canon 1103 del derecho canónico, norma reflejada en el artículo 22 de la Ley 57 de 1887".

Si en realidad se protocolizó "en el archivo de la Curia Primada la partida del matrimonio católico celebrado por Guillermo y Sofía, esa protocolización se refería indudablemente a una copia, pues la partida original debía estar en el respectivo libro parroquial". Y la pérdida del archivo arzobispal, no significa que no exista la partida original de ese matrimonio, asentada en la respectiva parroquia. En el expediente no hay prueba de que los archivos parroquiales hayan desaparecido. Las copias de las partidas de origen eclesiástico, bien como pruebas principales, bien como supletorias, lo mismo que las certificaciones sobre la falta de ellas, deben provenir de los párrocos conforme al artículo 22 de la Ley 57 de 1887. Y los Jueces tienen la facultad de decidir si tales actas o certificados son aceptables de acuerdo con la ley para que produzcan efectos civiles.

También erró el Tribunal en la interpretación del artículo 395 del Código Civil que habla de "otros documentos auténticos" en cuanto no lo relacionó con el 632 del Código Judicial, que expresa cuáles deben tenerse por documentos auténticos. Copia la aludida norma, y deduce de ella "que un certificado sólo es medio legal de prueba cuando ha sido expedido con las formalidades legales por un funcionario que ejerza cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones". Observa "si el certificado reúne estas condiciones, podrá servir de prueba supletoria del estado civil, siempre que se acredite que no existe la prueba principal".

Copia de la sentencia de casación de 6 de octubre de 1940 el aparte en que se expone que conforme al artículo 632 del C. J. el documento auténtico no es la certificación del párroco sino el acta o partida del estado civil autorizada por el párroco que presenció el hecho constitutivo de tal estado en ejercicio de las funciones eclesiásticas, el cual "no puede crear, para efectos civiles, actas, partidas o pruebas supletorias en relación con nacimientos, matrimonios, defunciones no pasados ante ellos. Esta es misión única de los jueces laicos, porque así lo ha preceptuado el C. C. y toda la ley concordatoria". (G. J. T. 50, pág. 364).

"Y si este criterio es aplicable a los párrocos, con mayor razón debe aplicarse a los Obispos, Arzobispos, etc., quienes no tienen la función específica de elaborar las partidas de estado civil, aunque sean personajes de mayor jerarquía dentro de la organización eclesiástica".

Los errores de derecho explicados, prosigue el recurrente, indujeron al Tribunal a apreciar equivocadamente el certificado aludido que no tiene valor legal ni como prueba principal ni como supletoria del matrimonio católico que se dice contrajeron, no se sabe en qué fecha, la demandada Sofía Trinidad Gámez y Guillermo Torres Vargas.

Aceptado así el matrimonio, se reconoció la existencia de una sociedad conyugal entre el padre natural de la actora y la demandada, violando los artículos 1º y 4º de la Ley 28 de 1932, que tratan de la institución de la sociedad conyugal y liquidación de la misma, como también el 1398 del C. C. que dispone, para el caso de que los bienes del causante estuvieren confundi-

dos con bienes propios o gananciales del cónyuge, proceder en primer término a la separación de patrimonios.

Por consecuencia de la misma equivocación, quebrantó por aplicación indebida las siguientes normas: las que establecen que el hijo natural es un heredero legitimario que recoge toda la herencia cuando no hay ascendientes, ni descendientes, ni cónyuge sobreviviente (arts. 1037, 1040, 1046 y 1047 del C. C.); las que consagran las legítimas rigorosas y la cuarta de mejoras, que en este caso corresponden a la hija natural con relación a todos los bienes dejados por el de cujus (arts. 1242 y 1253 ibidem); las que ordenan la reforma del testamento cuando sus disposiciones perjudican los derechos de los legitimarios (1274, 1275 y 1277); y las que regulan la petición de herencia (1321, 1322 y 1323 ibidem).

Estas transgresiones de la ley incidieron en la parte resolutiva del fallo, que si favorable en parte a la demandante, no acoge todas las peticiones principales de la demanda: así en el ordinal tercero dispuso que María Rosina Rodríguez, como hija natural, tiene derecho a percibir los bienes de la herencia de acuerdo con la ley en concurrencia con la cónyuge sobreviviente. Y negó la petición tercera de la demanda.

La sentencia acusada dedujo que todos los bienes pertenecían a la sociedad conyugal por haber sido adquiridos durante el matrimonio. Hechas las deducciones del artículo 1016 del C. C. liquidó los gananciales correspondientes al cónyuge muerto y al supérstite, y distribuyó los de este conforme al artículo 1242 ibidem así: la mitad o legítima rigorosa y la cuarta de mejoras para la hija, y la cuarta de libre disposición para la heredera testamentaria.

Sin la apreciación errónea de la prueba mencionada, el sentenciador no podía hacer separación de patrimonios (art. 1398 ibidem) y los derechos de la demandante como única legitimaria y por su cuarta de mejoras, han debido ser mayores, pues el cómputo correspondía hacerlo sobre el acervo líquido total, previas las deducciones ordenadas por el artículo 1016, ibidem.

La Corte considera:

Desde la vigencia de la Ley 57 de 1887, por virtud de lo dispuesto en su artículo 22, se tuvieron y admitieron "como pruebas principales del estado civil de las personas bautizadas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales".

Subsistieron al mismo tiempo como pruebas principales respecto de nacimientos, matrimonios y defunciones de personas no nacidas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica las actas extendidas en el registro del estado civil por los Notarios y demás funcionarios encargados de llevarlo.

Este régimen probatorio del estado civil se mantuvo hasta cuando entró a regir la Ley 92 de 1938, que expresamente modificó, entre otros, el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, en cuanto el artículo 1º dispuso que "los encargados de llevar el registro del estado civil de las personas serán: 1º—Los Notarios, y en los municipios donde no haya este funcionario, el Alcalde Municipal y 2º—Los funcionarios consulares de Colombia en el exterior"; y en el 18, le dio el carácter de pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones y reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a la vigencia del estatuto, "a las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley"; y en el artículo 19, asignó la calidad de pruebas supletorias a "las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivos Curas Párrocos, respecto de nacimientos o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el "seno de la Iglesia Católica".

Para determinar si la prueba principal del matrimonio celebrado en Colombia es la de origen eclesiástico, o la llevada en el registro del estado civil por el Notario o el Alcalde Municipal, es indispensable que se haya acreditado la fecha en que tal acto se celebró. De lo contrario es imposible decir si tal prueba se gobierna por las normas de la Ley 57 o por las de la 92.

Es lo que ocurre en el caso *sub judice* en relación con el matrimonio católico que se dice contrajeron Guillermo Torres Vargas y Sofía Gámez.

En efecto, el certificado acogido por el Tribunal, en el caso de que tuviera mérito probatorio, apenas da fe en 11 de septiembre de 1946 de que en el archivo de la Curia Arzobispal "se halla debidamente protocolizada la partida de matrimonio católico contraído por los señores Guillermo Torres Vargas y doña Sofía Gámez Umaña viuda de Arauz". Nada dice sobre la fe-

cha del acto, circunstancia indispensable para establecer la eficacia de la prueba y competencia del funcionario para expedirla.

Pero como este aspecto no fue motivo de acusación, en el fallo del recurso extraordinario debe acogerse la apreciación del Tribunal y entrar a lo fundamental del cargo, que es el haber aceptado el certificado de la Curia Arzobispal como prueba supletoria, sin haberse acreditado la falta de la principal.

Si la prueba principal del matrimonio católico entre Guillermo Torres Vargas y Sofía Gámez estaba en la partida protocolizada en la Curia, que indudablemente debía ser de origen eclesiástico, podía admitirse la prueba supletoria pero con el lleno de los siguientes requisitos fijados por la jurisprudencia: 1º—Que se acredite debidamente la falta en el libro correspondiente de las actas civiles o eclesiásticas; 2º—La falta de la partida principal la debe certificar no cualquier párroco o funcionario sino el del lugar donde ocurrió el matrimonio, nacimiento o defunción; y 3º—La falta de la prueba principal puede provenir de pérdida, extravío o destrucción del acta original, o de que el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil haya omitido sentarla en el libro correspondiente, o de una causa análoga.

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, eran los párrocos los encargados de llevar el registro de bautizos, matrimonios o defunciones de personas católicas, y la prueba principal de estos hechos la constituía el certificado expedido por el respectivo párroco insertando el acta existente en los libros parroquiales. Por manera que no era, en los términos de la ley el Ordinario el llamado a certificar sobre la falta o pérdida de la partida de matrimonio, sino el párroco en cuyos libros debía de sentarse el acta. En consecuencia la certificación que dice no se da copia de la partida de matrimonio, sino el párroco en cuyos libros debía de sentarse el acta. En consecuencia la certificación que dice no se da copia de la partida protocolizada en el archivo arzobispal por haber desaparecido en el incendio del 9 de abril de 1948, no acredita la falta de la prueba principal, porque no emana del párroco encargado de llevar el registro civil.

El mismo artículo añade: "Tales pruebas quedan sujetas a ser suplidas en los mismos casos y términos que aquellas a que se contrae este título, a las cuales se las asimila". El artículo 395 del C. C. complementario del 22 de la Ley 57 de 1887, paralelos o simultáneos en su vigencia, disponía que la falta de la prueba principal del estado civil podía suplirse en caso necesario, entre otros medios, por documentos auténticos. Estos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1758 del C. C. son los autorizados con las formalidades legales por funcionarios públicos. En confirmación de lo preceptuado por estas normas, el artículo 632 del C. Judicial establece como documentos auténticos los provenientes de funcionarios que ejerzan cargos de autoridad, en lo referente al ejercicio de sus funciones, las copias de tales documentos expedidas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, los certificados de Jueces o Magistrados en determinados casos, y las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas con inserción de las actas correspondientes.

La prueba supletoria debe guardar relación con el hecho constitutivo del estado civil, nacimiento, matrimonio, defunción. En el caso que se estudia, debería indicar las personas que contrajeron el vínculo, el día, el párroco o eclesiástico que lo autorizó. El documento expedido, como ya está dicho, informa que en el archivo de la Curia Arzobispal obra un certificado, extendido el 11 de septiembre de 1946, sobre que allí se protocolizó la partida de matrimonio católico de Guillermo Torres Vargas y Sofía Gámez Umaña: y otra certificación agrega que no se expide copia de ese documento por haber desaparecido con el archivo en el incendio del 9 de abril de 1948. Como se ve claramente, este medio de juicio no guarda relación directa sino con la protocolización del acta de matrimonio, pero en manera alguna con su celebración.

De lo expuesto resulta que no está demostrada la falta de la prueba principal del matrimonio de Torres Vargas y Gámez Umaña, porque tal hecho no lo acredita sino el certificado del párroco encargado de llevar el libro donde debía sentarse el acta, aceptada por el sentenciador con violación directa de los artículos 395 del C. Civil y 632 del C. Judicial, e indirecta de algunos de los preceptos sustanciales citados por el recurrente, por lo cual el cargo estaría llamado a prosperar, pero, como el matrimonio civil que los mismos cónyuges contrajeron en Guatemala, según pasa a verse, si es válido en Colombia, y produjo sociedad conyugal cuya liquidación lleva a las mismas conclusiones del Tribunal, lo fundado de la censura no permite casar la sentencia acusada sino rectificar la doctrina en lo que se refiere a la prueba del matri-

monio católico y a la nulidad del civil autorizado en Guatemala.

El recurso extraordinario se examina a que, prosperando por alguna de las dos causales invocadas, se case la sentencia y se acceda a la tercera súplica declarando que "Sofía Trinidad Gámez tiene únicamente la calidad de heredera testamentaria de Guillermo Torres Vargas con derecho a la cuarta de libre disposición del causante"; y a que, en consecuencia, debe restituir a Rosina Rodríguez la legítima rigorosa y la cuarta de libre disposición, o sea, las tres cuartas partes de los bienes dejados por el causante con los aumentos y frutos que haya percibido o podido percibir con mediana inteligencia desde la contestación de la demanda, derechos radicados en el inmueble determinado en los hechos once y doce de la demanda, y las tres cuartas partes que corresponden al causante en la enajenación hecha al Distrito Especial de Bogotá por valor de $ 10.379.11 de que da cuenta la escritura 224 otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá el 30 de enero de 1957, más los intereses legales de este capital desde la contestación de la demanda.

Los hechos de los cuales pretende la actora derivar el derecho impetrado en la petición anterior, serían: que el matrimonio civil de Torres Vargas y Gámez Umaña, efectuado en Guatemala el 28 de marzo de 1920, de que informa la partida presentada en el juicio de sucesión, es "inexistente para la legislación colombiana y no produce efectos de derecho en nuestro país, si se tiene en cuenta que el señor Torres Vargas era de nacionalidad colombiana y fue bautizado como católico", y que el inmueble único inventariado en la mortuoria era de propiedad exclusiva del testador.

A la copia de la escritura 2063 de 12 de junio de 1956 presentada por la actora, mediante la cual se protocolizó en la Notaría 1ª de Bogotá el juicio de sucesión de Guillermo Torres Vargas, se agregó también copia del inventario de los bienes sucesorales, de la liquidación de la sociedad conyugal, de las hijuelas de deudas y gastos, de gananciales y herencia adjudicadas a la cónyuge Gámez de Torres Vargas, y de la partida de matrimonio de Guillermo Torres Vargas y Sofía Trinidad Gámez, contraído en la ciudad de Guatemala el 28 de marzo de 1928 ante el Alcalde 2º Municipal. Asimismo obran las autenticaciones de la firma del Registrador por parte de los Ministros de Gobierno y Relaciones Exteriores de aquella República, la de estos funcionarios por el Cónsul de Colombia en Guatemala, y la de este por el Director del Departamento Consular.

Esta copia, tomada del certificado original que obra en el expediente que contiene la mortuoria del causante Torres Vargas, constituye plena prueba del matrimonio civil contraído por Guillermo Torres Vargas y Sofía Gámez de Torres de conformidad con lo preceptuado por el artículo 657 del C. Judicial, que dice: "Los documentos públicos y los documentos privados extendidos en países extranjeros de que se quiera hacer uso en Colombia, deben estar autenticados por el respectivo Agente Consular o Diplomático de la República, o en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se conforman con la ley del lugar de su otorgamiento".

Compete definir si este matrimonio es válido en Colombia, y qué efectos produce respecto de los bienes adquiridos por los cónyuges y sobre los dejados por el causante.

Desde la vigencia de las Leyes 57 y 153 de 1887, que reconocieron efectos civiles a los matrimonios celebrados de acuerdo con el rito católico y alcance de plena prueba a las copias de las actas llevadas en los libros parroquiales de las personas casadas conforme al mismo rito, en Colombia existen dos formas de matrimonio reconocidas por la ley: el de los católicos que, por lo general, debe presenciar el respectivo párroco (arts. 12, 19, 22 Ley 57, 50 de la Ley 153) y el de los no católicos que lo autoriza el Juez Civil (arts. 128 y ss. del C. Civil y 2º de la Ley 54 de 1924).

El artículo 17 de la Ley 35 de 1888, que aprobó el concordato celebrado entre el Gobierno de Colombia y la Santa Sede el 31 de diciembre de 1887, dispuso: "El matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes solo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento".

De las notas cruzadas entre el Ministro Plenipotenciario de Colombia en el Vaticano y el Cardenal Secretario de Estado, que precedieron al acuerdo por el cual se aclaró la proposición "todos los que profesan la religión católica" del artículo XVII del Concordato, que había sido interpretada diversamente por algunos Jueces y Ordinarios, se destaca la de 27 de febrero de 1924, en la cual el Cardenal Secretario de Es-

tado, como preámbulo a la declaración de que la Santa Sede tolera que los colombianos que se han apartado de la Iglesia Católica sean admitidos al matrimonio en forma civil, expresa de modo terminante: "A este propósito el Cardenal que suscribe debe declarar ante todo que la Santa Sede, en conformidad con el Canon 1099 del Código de Derecho Canónico, no puede reconocer como válido otro matrimonio que el religioso, para todos aquellos que han pertenecido a la Iglesia Católica aunque posteriormente se hayan apartado de ella".

El canon citado, que es parte del Título del matrimonio y del Capítulo que trata de la forma de celebrarlo, dispone: "Están obligados a guardar la forma determinada en los cánones anteriores: 1º—Todos los que han sido bautizados en la Iglesia Católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto estos como aquellos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí. 2º—Estos mismos, si contraen matrimonio con acatólicos, estén bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o de disparidad de cultos".

Así que en obedecimiento de las Leyes 35 de 1888, artículo 17, y 54 de 1934, arts. 1º y 2º, que son parte del código civil, en cuanto tocan con el estado civil de las personas, están obligados a contraer matrimonio católico con efectos civiles los que han sido bautizados en la Iglesia Católica, y contrato civil los no bautizados y los que, habiéndolo sido, han hecho declaración de haberse separado de la Iglesia y de la religión católica en la forma prescrita por la Ley 54, "siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas o sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están sometidos en todo caso a las prescripciones del derecho canónico". (Ley 54 de 1934, art. 1º).

En este orden de ideas, se tiene que los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, al tenor del artículo 19 del C. Civil, si son bautizados en el seno de la Iglesia Católica, deben contraer matrimonio de acuerdo con el derecho canónico, y si no son bautizados, pueden celebrarlo civilmente, o sea, ante autoridad competente del Estado de su residencia o domicilio.

Ahora bien, la pretensión de la actora para que a la demandada Sofía Cámez de Torres Vargas no se le reconozca en los bienes del causante sino la cuarta de libre disposición, se basa en que Guillermo Torres Vargas, como colombiano bautizado católicamente, no podía casarse en Guatemala en forma civil y que, por tal razón, el que contrajo allí con la demandada el 28 de marzo de 1928, es inexistente y carente de efectos civiles en Colombia.

Ocurre, empero, que al juicio no se trajo la partida de bautismo ni prueba alguna que demuestre este hecho indispensable para concluir que Torres Vargas era católico en la fecha de su matrimonio civil. Es bien sabido que los hechos que no se establecen en el expediente son inexistentes para el sentenciador. *Quod non es in actis non es mundo.*

La posibilidad, porque tampoco se acreditó, de que los mismos contrayentes hubieran celebrado matrimonio católico con posterioridad al civil, no establece que Torres Vargas fuera bautizado en 1928 cuando éste se celebró.

Se tiene entonces que el matrimonio civil que Torres Vargas y Cámez de Torres contrajeron en Guatemala, en cuanto la ley colombiana lo presume conforme con las leyes de aquel país, debía producir los efectos que la misma ley le reconoce, como pasa a verse:

En el particular el artículo 180 del Código Civil dice: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el Título 22, Libro 4º—De las capitulaciones matrimoniales y de la Sociedad Conyugal.

"Los que se hayan casado fuera de un territorio y pasaren a domiciliarse en él, se miraran como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad de bienes".

Sobre el primer inciso basta observar que, conforme a los propios términos del artículo 1º de la Ley 28 de 1932, se considera que los cónyuges han tenido la sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio, aunque con las modalidades que esta misma ley establece respecto de la administración y libre disposición que cada cónyuge tiene sobre los bienes que aporte al matrimonio, y los que adquiera a cualquier título mientras no se produzca ninguna de las causales de liquidación de esa sociedad. El inciso que se comenta solamente ha sido modificado por la Ley 28 de 1932.

El segundo, tocante con el régimen patrimo-

nial que nace por efecto del matrimonio válidamente celebrado fuera del territorio colombiano por personas que pasan luego a domiciliarse en él, dispone que, "se mirarán como separadas de bienes, siempre que en conformidad con las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellas sociedad de bienes".

Sobre el contenido de esta norma debe observarse:

En primer lugar, comprende tanto el matrimonio de colombianos domiciliados en otro país, como el de extranjeros y el de colombiano y extranjero, pues en los términos: "los que se casaren fuera de un territorio", no hay limitación alguna, y sabido es que el intérprete no puede hacer distinciones donde la ley no las hace. Y como se trata del imperio de la ley nacional, ya está visto que en lo atinente al matrimonio, los colombianos deben celebrarlo de conformidad con las normas que regulan el estado civil, ya que el artículo 19 del Código Civil dispone que los colombianos "residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a este código" en lo relativo al estado de las personas.

El inciso citado exige, en segundo término, que los contrayentes pasen a domiciliarse en Colombia, requisito que se determinará de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Finalmente, siendo el matrimonio el acto que da origen al régimen que regula los derechos de los cónyuges en los bienes que aportan a él o adquieren durante la existencia del vínculo, el inciso que se comenta, teniendo en mente que en Colombia la regla general es la de que por el hecho del matrimonio se contrae la sociedad conyugal (arts. 180, 1774 C. C. y 1º, Ley 28 de 1932), y que excepcionalmente se autoriza una separación convencional dentro de los límites permitidos por la ley, en cuanto se haya pactado en capitulaciones matrimoniales, y sin perjuicio del sistema de separación de bienes judicialmente decretado por las causales consagradas en el Capítulo III, Título IX, Libro I del Código Civil y artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, añade: "se mirarán como separados de bienes siempre que en conformidad con las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad conyugal". Desentrañando el sentido de esta proposición condicional, dispone ella que el Juez considerará a aquellos cónyuges separados de bienes, o sea, que aplicará los preceptos pertinentes del código que gobiernan esta situación, solamente en el evento de que se demuestre que las leyes del país donde se autorizó el matrimonio no establecen sociedad de bienes. Este segundo extremo, que es la hipótesis de la oración, solo puede establecerse aduciendo la ley respectiva, única manera de saber si el matrimonio en ese país originó sociedad de bienes o no. Si lo primero, las adjudicaciones de bienes, los actos dispositivos sobre ellos y la liquidación del patrimonio social, llegado el caso, se regirán por el estatuto sobre sociedad conyugal; y si lo segundo, por las normas sobre separación de bienes.

En el caso *sub judice*, en que no se trajo la ley de Guatemala, o mejor, no se demostró que ese estatuto no consagra sociedad de bienes entre los cónyuges, a Torres Vargas y Gámez Umaña, por razón del matrimonio que allí contrajeron, no puede considerárseles como separados de bienes, sino vinculados por el régimen de la sociedad conyugal que gobierna el Código Civil colombiano.

El artículo 180 no contempla la aplicación de la ley extranjera sobre el régimen de separación de bienes o de sociedad conyugal, porque ella no tiene aplicación en Colombia sino en virtud de autorización expresa de la misma o de tratados públicos.

Sobre la obligatoriedad de las leyes colombianas, estatuye el artículo 57 del Código Político Municipal: "Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos". El artículo 19 del Código Civil preceptúa que los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia pero solo respecto de cónyuges y parientes. Y el artículo 20 ibidem, dispone que los bienes situados en el territorio nacional están sujetos a las normas del código, aunque los dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia, sin perjuicio de lo estipulado en contrato válidamente celebrado en país extranjero.

Cabe anotar al respecto que los tratados de Montevideo de 1888 y 1889, que contienen normas sobre las relaciones de los bienes que tengan los contrayentes al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que adquieran posteriormente (arts. 40, 41, 42 y 43), fueron aceptados por

Colombia mediante la Ley 40 de 1933, pero Guatemala no ha adherido a ellos.

Los códigos de Bustamante, que también recogen disposiciones sobre la materia, cuentan con la adhesión de Guatemala pero no con la de Colombia.

De lo expuesto se infiere que el matrimonio civil de Guillermo Torres Vargas y Sofía Trinidad Gámez de Torres celebrado en Guatemala el 28 de marzo de 1928, en relación con los bienes que adquirieron posteriormente en Colombia produjo sociedad conyugal, al tenor de lo preceptuado por el artículo 180 del Código Civil Colombiano, cuyos requisitos se cumplen. En efecto, a los ya vistos, cabe agregar que los contrayentes, después de su matrimonio en Guatemala vinieron a domiciliarse en Bogotá, pues en el testamento que Torres Vargas otorgó en la Notaría 2ª de esta ciudad el 28 de octubre de 1935 declara que es vecino de Bogotá; en la escritura 3846 de 19 de noviembre de 1947, por la cual adquirieron el lote 16-17 y 16-77 de la carrera 2ª, ambos manifestaron que son vecinos de Bogotá; igual declaración hace ella en el poder que confirió para su representación en la mortuoria de su cónyuge y en este juicio.

Antes de entrar en los considerandos sobre liquidación de la sociedad conyugal y distribución de la herencia del de cujus Torres Vargas, debe anotarse que el recurrente propuso el segundo cargo por violación directa de los artículos 395 del Código Civil, 19 de la Ley 92 de 1938, 632 del Código Judicial y 22 de la Ley 57 de 1887, para el caso de que la Corte estime que estas normas tienen carácter sustantivo y no procesal o instrumental.

Encamina la censura a demostrar que el Tribunal infringió directamente los preceptos citados, al aceptar como prueba supletoria del matrimonio católico de Torres Vargas y Gámez Umaña el certificado expedido por la Curia Arzobispal.

Basta el solo enunciado del cargo para ver su inanidad, porque en el estudio de la primera censura quedó aceptado que el certificado aludido no constituye prueba ninguna del matrimonio católico de Guillermo y Sofía. La censura es también intrascendente, dado que la sociedad conyugal que se reconoce existió entre estos cónyuges, nació no del matrimonio católico sino del civil celebrado por los mismos en Guatemala, que no fue motivo de censura en casación.

Los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia acusada, en que se declara que Rosina Rodríguez de Garzón es hija natural de Guillermo Torres Vargas, en que se ordena el registro de esta declaración, y que la misma es heredera del citado Torres Vargas con derecho a percibir los bienes de la herencia en concurrencia con la cónyuge sobreviviente, deben mantenerse, porque la demandada consintió la sentencia, ya que no recurrió en casación.

El Tribunal equivocadamente aceptó que del matrimonio católico se había formado sociedad conyugal entre los esposos Torres Vargas y Gámez de Torres Vargas; sin embargo, este resultado debe acogerse, pero por razón del matrimonio civil celebrado por ellos en Guatemala y en aplicación de los artículos 180 y 1774 del Código Civil y 1º de la Ley 28 de 1932.

Según copia auténtica expedida por el Notario 1º del Circuito de Bogotá, donde se halla protocolizado el juicio de sucesión testada de Torres Vargas mediante la escritura 2063 de 12 de junio de 1956, el activo del inventario fue avaluado en la suma de ciento veinte mil trescientos doce pesos con treinta y nueve centavos ($ 120.312,39), y lo forman:

1º—Un saldo de $ 14.13 de la cuenta corriente del causante del Banco de Bogotá.

2º—Un saldo de $ 298,26 en el Banco Central Hipotecario en la fecha de la muerte de Torres Vargas (15 de diciembre de 1954) proveniente de frutos de la casa 2-05 de la calle 17 de Bogotá, hipotecada a dicho Banco.

3º—Del lote y edificio construido en él, distinguido con los números 2-05 de la calle 17 y 16-61 de la carrera 2ª de Bogotá, donde está situado, el cual fue habido así: el terreno por compra de Torres Vargas y Gámez de Torres a Aura Beatriz Páez de Fernández, María Inés Lucila Páez de Téllez y otros, al tenor de la escritura 2886 otorgada en la Notaría 3ª, de Bogotá el 19 de noviembre de 1947; y la construcción por haberla levantado Torres Vargas a sus expensas. Todo el inmueble fue avaluado en ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00).

Estos bienes forman el haber social.

Para establecer la cuota que corresponde a la hija natural en concurrencia con la cónyuge, y teniendo en cuenta que los bienes relictos pertenecen a la sociedad conyugal, por haber sido adquiridos durante el matrimonio, el Tribunal

liquida la sociedad conyugal siguiendo lo preceptuado por el artículo 1396 del Código Civil.

Al efecto, del activo inventariado que asciende a la suma de $ 120.312.39, hace las deducciones ordenadas por el artículo 1016, ibidem, que ascienden a $ 45.012.39. Queda un activo líquido de $ 75.300.00, que, dividido entre los cónyuges, da la cantidad de $ 37.650.00 para cada uno por concepto de gananciales. Esta cantidad de $ 37.650.00 correspondiente al causante Torres Vargas, es la que debe distribuírse entre su cónyuge y su hija natural. Aplicando la norma del artículo 1242, ibidem, Rosina Rodríguez de Garzón tiene derecho a dos partes, o sea la mitad de esa suma, por su legítima rigorosa, y a la cuarta de mejoras. Las tres cuartas partes dan un total de $ 28.237.50.

A la cónyuge Sofía Gámez v. de Torres Vargas, instituída heredera universal en el testamento, le corresponde solo la cuarta de que el de cujus podía disponer libremente. Esta cuarta asciende a $ 9.412,50, que, sumada a $ 37.650.00 que valen sus gananciales le resulta un derecho total, por estos conceptos, de $ 47.062.50.

Los gastos de última enfermedad y entierro, los del juicio de sucesión y las deudas hereditarias ascendieron a la cantidad de $ 45.012.39. Para cubrirlos se adjudicaron a la cónyuge supérstite la suma de $ 312,39 en dinero efectivo, y un derecho equivalente a $ 44.700.00 con relación a un avalúo de $ 120.000.00 en el único inmueble inventariado. La sentencia del Tribunal mantiene esta adjudicación imponiéndole a la adjudicataria la obligación de pagar las deudas y gastos que aún no hubieren sido cancelados.

La partilla de la cónyuge Sofía Gámez v. de Torres Vargas queda así:

Deudas y gastos ..... $	44.700.00
Gananciales	37.650.00
Cuarta de libre disposición	9.412.50
Suma ..... $	91.672.50

El Tribunal estima cubrir esta hijuela adjudicándole a Sofía Gámez de Torres Vargas un derecho por $ 91.672.50 en el inmueble inventariado con relación a un avalúo de $ 120.000.00.

Como la hija natural cedió un 30% de su derecho al doctor Alberto Arias Gutiérrez, su cuota en la sucesión del causante Torres Vargas, que equivale a $ 28.237.50, se descompone en un 70% para ella y un 30% para su cesionario, lo cual da $ 19.766.25 para la demandante y $ 8.471.25 para el cesionario.

El derecho equivalente a estas sumas lo asigna el sentenciador a sus titulares sobre el mismo mueble y con relación al avalúo de $ 120.000.00.

Observa el sentenciador que no hay lugar a porción conyugal por cuanto los bienes que corresponden a la cónyuge superan la cuarta parte del acervo hereditario.

Dispone además: 1º—Que la demandada debe pagar a la actora y a su cesionario el valor de los frutos correspondientes a sus cuotas, a partir de la contestación de la demanda; y 2º—Debe pagarle las tres cuartas partes de la cantidad de $ 10.379.11 que la cónyuge recibió como precio de la zona de terreno que vendió al Distrito Especial de Bogotá por escritura 224 de 30 de enero de 1957, Notaría 1ª de Bogotá, con los intereses legales a partir de la fecha de la contestación de la demanda.

La Corte observa que la liquidación de la sociedad conyugal, la distribución de la herencia y las adjudicaciones que determina el Tribunal se ciñen a las normas invocadas por él, de modo que la sentencia no puede casarse, pero sí debe hacerse la rectificación doctrinaria expuesta en el cuerpo del presente fallo.

En cuanto a la condena de pagar la demandada las tres cuartas partes de la suma de $ 10.379.11, precio de venta al Distrito de Bogotá de una zona de terreno que los cónyuges Torres Vargas y Gámez de Torres Vargas habían adquirido dentro del matrimonio, debe anotarse que dicha suma correspondía al haber de la sociedad conyugal ilíquida, por lo mismo, la mitad era de la cónyuge y la otra mitad del causante. En tales condiciones, la hija natural sólo tenía derecho a las tres cuartas partes de la mitad hereditaria, no de la totalidad del precio. Sin embargo, la sentencia no puede modificarse porque implicaría una *reformatio in pejus* para la recurrente en casación y, por consiguiente, para su cesionario.

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 de veinticuatro de agosto de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario

seguido por Rosina o María Rosina Rodríguez de Garzón contra Sofía Trinidad Gámez viuda de Torres Vargas.

No hay condenación en costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Enrique López de la Pava, con salvamento de voto; *Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada*.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA

1)—Los señores Guillermo Torres Vargas (colombiano) y Sofía Trinidad Gámez Umaña (nicaragüense) contrajeron matrimonio civil en la ciudad de Guatemala el 28 de marzo de 1928.

No se sabe cuándo, pero lo cierto es que con posterioridad a la celebración de su matrimonio, los cónyuges Torres Vargas y Gámez Umaña fijaron su domicilio en Colombia.

El señor Torres Vargas otorgó testamento por la Escritura número 2902, extendida en la Notaría Segunda de Bogotá el 28 de octubre de 1935, y falleció también en esta ciudad el 15 de diciembre de 1955.

En el fallo anterior se expresa que el matrimonio de los señores Torres Vargas y Gámez Umaña se tiene en este caso por válido, en atención a que no aparece prueba de que el cónyuge colombiano Torres Vargas hubiera sido bautizado en el seno de la Iglesia Católica, y se agrega que, conforme a lo prescrito por los artículos 19 del C. Civil, 17 de la Ley 35 de 1888, 1º y 2º de la Ley 54 de 1924, los colombianos bautizados en el seno de la Iglesia Católica que residan o estén domiciliados en país extranjero "deben contraer matrimonio de acuerdo con el derecho canónico". Lo cual quiere decir que los colombianos bautizados no pueden contraer sino matrimonio católico en Colombia o en cualquiera otro país, salvo naturalmente que hagan en todo caso la manifestación de haber adjurado de la religión católica, como lo previene la Ley 54 de 1924.

En la misma sentencia se estima que el matrimonio de los mismos Torres Vargas y Gámez Umaña produjo sociedad de bienes entre ellos y se le aplica a esa sociedad el estatuto regulador de la sociedad conyugal colombiana.

Como discrepo de las tesis anteriores, me propongo exponer en seguida y de manera muy sucinta las razones en que fundo mi disentimiento.

II)—El artículo 18 del C. Civil dispone que "la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia", y el artículo 57 del C. P. y M. prescribe que "las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo, respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos".

Los dos preceptos anteriores consagran el principio llamado de la territorialidad de la ley, o sea el principio de que la ley colombiana obliga a todo el que habite dentro del territorio nacional, respecto de su persona, sus actos y sus bienes. De este modo el imperio de la ley se circunscribe, en principio, a las fronteras del territorio colombiano.

Las relaciones de Colombia con otras naciones y las necesidades del comercio internacional, han impuesto limitaciones a la regla general de la territorialidad de la ley y exigido en gran número de casos que, para dirimir los conflictos de la ley colombiana con las leyes de otros países, se reconozcan y admitan entre nosotros ciertas situaciones jurídicas constituidas al amparo de una ley extranjera y que, en compensación, se extienda la autoridad de la ley colombiana a otras situaciones que, estando consagradas por esta ley, se hacen valer en nación extranjera. De modo que el principio de territorialidad de la ley no es ni puede ser absoluto, desde luego que ofrece casos excepcionales de leyes colombianas aplicables en el extranjero y de leyes extranjeras aplicables en Colombia.

III)—Uno de estos casos excepcionales de ley colombiana que debe ser acatada en el extran-

jero figura consagrado por el art. 19 del C. Civil. Estatuye este precepto que los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero están sujetos a la ley colombiana en lo que concierne a su estado civil, a su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en Colombia y a las obligaciones y derechos que tienen respecto de sus cónyuges y de sus parientes. En casación de 26 de marzo de 1953 expresó la Corte que el art. 19 del C. Civil regula un caso de excepción al principio de territorialidad de la ley establecido por los arts. 18 ibidem y 57 del C. Político y Municipal (LXXIV, 2126, 424).

El estado de una persona es el conjunto de ciertas calidades que la colocan en una situación determinada dentro de los grupos sociales llamados nación y familia y que la vinculan jurídicamente a otras personas de los mismos grupos. Esas calidades son inherentes a la persona misma, concurren a formar su individualidad jurídica y no tienen carácter patrimonial, aunque algunas de ellas sí son fuentes de derecho y obligaciones patrimoniales.

Dentro de esas calidades constitutivas del estado civil no están comprendidas ni la profesión ni la religión. Es decir, que ni la profesión ni la religión crean situaciones por sí solas determinantes de relaciones jurídicas entre quienes ejercen el mismo oficio o tienen idénticas creencias. El médico, el abogado o el odontólogo, por el hecho de sus profesiones, no tienen derechos ni obligaciones de carácter jurídico respecto de las otras personas que ejercen las mismas profesiones. Quien profesa una religión tampoco está por ese solo hecho vinculado jurídicamente con las otras personas que comparten sus mismas creencias. La profesión y la religión crean relaciones y deberes entre las personas que las tienen, pero esas relaciones y deberes no son de orden jurídico, sino simplemente sociales, morales o espirituales. De aquí que, al disponer el art. 19 del C. Civil que los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero están sujetos a las leyes nacionales relativas a su estado, no pueda entenderse comprendidas dentro de tal estado la profesión ni las creencias religiosas que tengan esos colombianos ni que estén éstos legalmente obligados a acatarlas en los actos jurídicos que efectúen fuera del territorio nacional. Dichos colombianos deben respetar las calidades que integran su respectivo estado civil, pero no aquellas otras calidades que, como la profesión y la religión, no les crean vínculos jurídicos con otras personas.

El art. 17 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) dispone que quienes profesan la religión católica deben celebrar matrimonio en la forma prescrita por el derecho canónico, y la Ley 54 de 1924 exige a quienes contraen matrimonio civil que manifiesten que no han pertenecido a la Iglesia católica o que se han separado de ella. Estos dos estatutos son de orden formal, no tienen carácter extraterritorial y en consecuencia su autoridad y cumplimiento se circunscriben a las fronteras del territorio colombiano. Ellos obligan a quienes contraen matrimonio en Colombia, sean colombianos o extranjeros, pero no a quienes lo celebran en otro país. Ningún precepto positivo les atribuye a dichas leyes alcance extraterritorial, y ya está visto que la religión, cualquiera que ella sea, no constituye una calidad inherente al estado civil, de modo que deba ser acatada por quienes contraen matrimonio en país extranjero.

El art. 1502 del C. Civil dispone que "la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra". Si la capacidad legal radica en la aptitud de una persona para ejecutar por sí misma actos jurídicos y por medio de ellos adquirir derechos y contraer obligaciones, bien claro se ve que la Ley 54 de 1924 y el art. 17 de la Ley 35 de 1888 ninguna relación tienen con esa capacidad desde luego que nada prescriben sobre ella. Estos estatutos señalan trámites o requisitos para celebrar matrimonio civil o católico, pero no disponen nada que se refiera a la capacidad para ajustar ese mismo acto matrimonial. No consagrando nada que se relacione con la capacidad para contraer matrimonio y haciendo sólo referencia a algunas de las formalidades concernientes a la celebración de ese acto, no puede aceptarse que los preceptos citados hagan parte de la clase de normas a que el art. 19 del C. Civil les atribuye carácter extraterritorial.

Y aún más: en derecho internacional privado impera la regla general de que la forma de los contratos se rige por la ley del lugar donde se los celebra (locus regit actum). Esta regla figura consagrada por el artículo 21 del C. Civil y por otros preceptos del mismo cuerpo legal que la corroboran, tales como los arts. 365, 382 y 1084. Tal regla se aplica a todos los contratos, incluso al matrimonio, que se celebran tanto en Colombia como en país extranjero, de modo que, por este aspecto, nuestra legislación reconoce validez a los actos jurídicos concertados en otro país con

el lleno de las formalidades prescritas por la ley del lugar de la celebración. De acuerdo con esta misma regla, el matrimonio, civil o religioso, que se contrae en país extranjero con arreglo a las solemnidades allí prescritas, tiene validez en Colombia, salvo cuando, siendo contrayente un colombiano, haya quebrantado éste las normas relativas a su estado civil, a su capacidad y a sus vínculos con sus parientes y su cónyuge anterior.

Por estas razones, brevemente expuestas, estimo que es válido en Colombia el matrimonio contraído por colombianos en país extranjero con arreglo a las leyes del lugar de celebración y aunque no se hayan cumplido las formalidades establecidas por el art. 17 de la Ley 35 de 1888 y por la Ley 54 de 1924.

Con éstos y con otros concluyentes argumentos que no son para expuestos aquí, la Procuraduría General de la Nación, servida entonces por el doctor Andrés Holguín, sostuvo la tesis de la validez del matrimonio civil contraído por colombianos en el extranjero, en concepto rendido al Ministerio de Relaciones Exteriores a principios del año de 1963 (Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Nos. 461-462, julio de 1963, ps. 7 y ss.).

IV)—Dispone el primer inciso del art. 180 del C. Civil que "por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges". El art. 1774 ibidem repite este mismo principio. De manera que el hombre y la mujer, colombianos o extranjeros, que entre sí contraen matrimonio en Colombia por la vía civil o por los ritos católicos, quedan por ese solo hecho ligados en sociedad de bienes, llamada sociedad conyugal.

El inciso segundo del mismo art. 180 prescribe: "Los que se hayan casado fuera de un territorio y pasaren a domiciliarse en él, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes". ¿Cuál es el alcance de este precepto?

En materia de matrimonio el derecho comparado busca resolver los conflictos de leyes en el espacio sobre la base del principio de la unidad y de la universalidad del estatuto regulador del mismo matrimonio. Con el principio de la unidad se persigue que el matrimonio quede regido por una sola y misma ley, en forma de evitar que su régimen sufra alteraciones que redunden en menoscabo de los intereses de los propios cónyuges y de sus acreedores. Con el principio de la universalidad se pretende que el régimen del matrimonio, establecido por una determinada ley, sea respetado y acatado en el lugar en que los cónyuges fijen su domicilio, sea o no el de la celebración. En esta materia, el desiderato es, pues, que el régimen del matrimonio sea uno y universal, especialmente en lo que concierne a las relaciones patrimoniales de los cónyugos.

En derecho internacional privado se han acogido varios sistemas para determinar el régimen patrimonial del matrimonio. Tales sistemas son el de la autonomía de la voluntad, el del lugar de la celebración, el del domicilio de los cónyuges y el de la nacionalidad de los mismos consortes. Esos sistemas son bien conocidos y aquí no hace al caso entrar a exponerlos.

En punto del régimen patrimonial en el matrimonio, el transcrito inciso segundo del art. 180 del C. Civil recoge y consagra, en mi concepto, el sistema de la ley del lugar de la celebración *(lex loci contractus)*, o sea que aquel régimen está sujeto a las normas legales del país en donde se contrajo el matrimonio. Conforme a dicho precepto, quienes contraen matrimonio en país extranjero, se mirarán en Colombia como separados de bienes si en ese país de la celebración está consagrada la separación legal o convencional y no la sociedad de bienes entre los cónyuges; por el contrario, se los considerará como asociados en bienes si las leyes de dicho país lo disponen así. Lo cual quiere decir que las relaciones patrimoniales de los cónyuges que se han casado en país extranjero, se rigen por la ley del lugar de la celebración y que ese régimen no sufre alteraciones al fijar dichos consortes su domicilio en Colombia. Como el precepto no prevé sino la alternativa entre la separación de bienes —que puede ser legal o convencional— y la sociedad conyugal y como esta última institución ofrece formas diversas, resulta que en Colombia debe aceptarse y aplicarse la forma de sociedad consagrada por la *lex loci contractus* y no la establecida por la ley colombiana. Naturalmente que para llegar a estos resultados se requiere demostrar en Colombia la ley extranjera para saber cuál es el régimen previsto por ella respecto de las relaciones patrimoniales de los cónyuges. Tal es, en mi opinión el alcance del inciso segundo del art. 180 del C. Civil, precepto que consagra un caso de recepción formal de ley extranjera por la ley nacional.

En la ya citada casación de 26 de marzo de 1953 se examinó el caso de un matrimonio celebrado en Italia y, después de transcribir la norma antes mencionada, expresó la Corte: "Y como el matrimonio se celebró en Italia, entre nacionales de ese país, es claro que por mandato del transcrito texto legal los contrayentes tenían el derecho de que las consecuencias jurídicas que el matrimonio estaba llamado a producir por el aspecto matrimonial cuestionado, se examinaran ante todo a la luz de los preceptos de la legislación italiana, ya que la ley colombiana se remite a ésta para saber si a los cónyuges ligó o no sociedad de bienes" (LXXIV- 2126, 424). Lo cual deja ver que en ese caso la Corte admitió que el inciso segundo del art. 180 del C. Civil consagra el sistema de la *lex loci contractus* en relación con los efectos patrimoniales del matrimonio contraído en país extranjero.

La sentencia que motiva este salvamento no aplicó la *lex loci* en este caso, sino que estimó constituida entre los cónyuges Torres Vargas y Gámez Umaña una sociedad conyugal en la forma prescrita por la ley colombiana, no obstante que su matrimonio se celebró en Guatemala, que los contrayentes eran de distinta nacionalidad y que sus relaciones patrimoniales quedaron sujetas a la ley guatemalteca. Ello obedeció a que las partes no comprobaron dicha ley guatemalteca, y comprendo que en tales circunstancias el fallo hubiera considerado formada entre los cónyuges dichos la sociedad conyugal colombiana. Esta es una solución práctica, debida a la ausencia de prueba de la ley extranjera, pero no es, en mi concepto, la solución que se ajusta a lo prescrito por el inciso segundo del art. 180 del C. Civil.

Comprendo y reconozco que estas cuestiones son mucho más vastas, complejas y difíciles, pero aquí no se las podía examinar en toda su extensión, y sólo me he limitado a enunciarlas con el fin de fijar mi criterio y exponer mis puntos de vista, que no coinciden precisamente con el sentido que se les da a los arts. 19 y 180 del C. Civil en la sentencia que es causa de este salvamento de voto.

Fecha *ut supra*.

Enrique López de la Pava

Ricardo Ramírez L., Secretario.

MEJORAS

Acción que compete al dueño de éstas cuando se incorporan al dominio del inmueble.—Carácter de los artículos 460 y 553 del Código Judicial.

3.—Cuando quien realiza las mejoras en predio ajeno ha perdido la tenencia o la posesión del inmueble en que ellas se han efectuado, tiene únicamente una acción personal contra el dueño o actual poseedor para ser indemnizado por el valor de tales mejoras que en virtud del fenómeno de la accesión se incorporan al inmueble y este resultado se obtiene sin necesidad de tradición alguna, pero quedando obligado el dueño o poseedor a pagar las indemnizaciones correspondientes, sin que pueda sostenerse válidamente que el plantador de las mejoras continúa siendo propietario de ellas ejerciendo un derecho de retención sobre el bien cuyo tenencia ha perdido.

Al respecto puede verse lo expuesto por la Corte en casaciones de 22 de julio de 1965 (ordinario de Miguel Díaz Quiroga contra María Afelina Díaz Quiroga), aún no publicada en la Gaceta, y en las de 13 de julio de 1959, XCI, 2214, págs. 30 y 31, y de 3 de mayo de 1961, XCV, 2245, págs. 818 y 817.

2.—Las normas contenidas en los artículos 460 y 553 del Código Judicial no tienen carácter sustancial y por lo tanto, resulta su improcedencia para fundar en ellas un cargo en casación.

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

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Se decide el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario promovido por Antonio J. Calle contra Ernesto y Rodulfo Hernández Delgado.

ANTECEDENTES.

Como hechos sustentatorios de la demanda se expusieron los siguientes:

"Clase a)

"Primero. — El señor Antonio J. Calle ha dice el actor, el día 17 de marzo de 1944 mediante la escritura pública número 181 de la citada fecha, adquirió por compra al señor Francisco Bravo Mejía, la posesión de un lote de terreno rural y las mejoras plantadas en él, inmueble ubicado en el Municipio de Puerto Salgar, fracción de San Antonio, Inspección de Policía Departamental de Colorados, dentro de la jurisdicción del circuito de Guaduas, y en el cual existían cultivos en una extensión aproximada de 100 fanegadas.

"Segundo.—El vendedor Bravo Mejía adquirió a su vez la posesión y mejoras, por compra que de ellas hizo a los señores Silvano Murcia y Jesús Saldaña.

"Tercero.—La posesión inicial por parte de Murcia y Saldaña partió de fecha anterior del año de 1920 en que dichos señores entraron allí a desmontar la selva virgen para fundar la finca, considerando que se trataba de terrenos baldíos, sin que hubieran sido perturbados en el uso y goce legítimo de la posesión adquirida mediante la explotación económica de la tierra.

"Cuarto.—Además de esa adquisición Calle compró a Nazario Veloza, Laurencio Ordóñez, Luis Alberto Hernández, Marco A. Caicedo, Manuel Garzón y José Mahecha unas parcelas contiguas a la comprada a Bravo Mejía con cabida aproximada de 50 fanegadas, las cuales poseían desde mucho antes de 1920.

"Quinto.—Con la posesión del suelo y mejoras antes aludidas, Calle fundó la finca de Santa Isabel, mejorando los cultivos y ejerciendo actos positivos propios del dueño.

"Sexto.—La finca de Santa Isabel, propiedad de Calle, tiene una extensión superficiaria aproximada de 150 fanegadas y en ella hay una casa de habitación de construcción de bahareque, techo de paja y puertas de madera . . . en el año de 1952, había allí 15.000 matas (sic) cultivadas en extensión de 5 fanegadas, cuatro potreros de pastos faragua y cercas de alambre y postes de madera, con los cuales podían alimentarse unas 150 cabezas de ganado. Ese lote estaba dedicado a cultivos de poco rendimiento y dentro de la platanera existían 1.200 matas de cacao.

"Séptimo.—La finca de Santa Isabel ubicada en el Municipio de Puerto Salgar, está comprendida dentro de los linderos que se exponen en la demanda y se halla inscrita en el catastro de Puerto Salgar a nombre de Calle con un avalúo oficial de $ 25.000.00".

Hechos clase b)

"Primero.—El día 6 de mayo de 1950, Calle tuvo que abandonar su finca, en razón de la violencia política que entonces se desató, dejándola al cuidado de un administrador, don Eleázar Ortiz, administrador que permaneció al frente del inmueble, hasta el mes de septiembre de 1952, en que se presentó el señor Ernesto Hernández Delgado, y con amenazas y el pago de $ 500.00 por los cultivos existentes y que valían más de $ 5.000.00 lo obligó a abandonarla.

"Segundo.—Desde entonces la finca expresada fue ocupada por los señores Ernesto y Rodulfo Hernández Delgado, que compraron aprovechando las circunstancias, las posesiones y mejoras que las rodeaban a los señores Eugenio Pinzón, Lorenzo Lizcano y Rubén Castro, posesiones que incorporaron a la finca de Santa Isabel los mencionados Hernández Delgado, le pusieron el nombre de Albania y la tienen delimitada por unos linderos que no corresponden exactamente a la realidad y son los determinados en la letra i) de la demanda.

Hechos clase c)

Primero.—El inmueble de que fue despojado Calle tenía en el mes de septiembre de 1952 un precio de $ 70.000.00 y los frutos civiles y naturales de la mencionada finca de Santa Isabel podían valorarse en unos $ 700.00 mensuales, frutos que deben Ernesto y Rodulfo Hernández Delgado, desde el mes de septiembre de 1952, "siendo los nombrados poseedores actuales de la finca de Santa Isabel", descrita por sus linderos en el hecho respectivo de la demanda.

Segundo.—Calle L. "En virtud del fenómeno de incorporación de posesiones, es titular del derecho de dominio de los predios o terrenos de la finca de Santa Isabel, antes aludida.

Como peticiones se hacen las siguientes:

Primera.—Declarar que Antonio J. Calle adquirió mediante el fenómeno de la prescripción extraordinaria, el dominio pleno de los terrenos de la finca denominada Santa Isabel, ubicada en el Municipio de Puerto Salgar, con todos sus accesorios y "descrita en el hecho 8º, clase a) del presente libelo, por los siguientes linderos . . .

Segunda.—Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a los demandados Hernández Delgado a restituir al demandante, una vez ejecutoriada la sentencia, que así lo decrete, la mencionada finca de Santa Isabel".

Tercera.—Condenar igualmente a los precitados demandados a pagar al actor el valor de los frutos civiles y naturales desde el mes de septiembre de 1952, hasta el día en que se verifique la restitución, a razón de $ 700.00 mensuales o el mayor o menor valor que se establezca dentro del proceso, pago que se realizará una vez ejecutoriada la sentencia que así lo decrete.

En subsidio se impetró:

"Primero.—Que Antonio J. Calle L. es dueño y poseedor legítimo de todas y cada una de las mejoras existentes en la finca de Santa Isabel descrita en la demanda.

"Segundo.—Condenar a los demandados a pagar la suma de $ 70.000.00 valor comercial de las citadas mejoras en la época del despojo o el mayor o menor valor que de ellas se establezca dentro del juicio.

"Tercero.—Condenar a los demandados a pagar los frutos materiales y civiles desde el mes de septiembre de 1952, a razón de $ 700.00 mensuales.

"Cuarto.—Condenar en costas".

Los demandados contestaron el libelo, negando la verdad de los hechos fundamentales y oponiéndose, consecuencialmente, a que se hicieran las declaraciones y condenaciones pedidas.

El Juzgado *a-quo* resolvió el juicio declarando:

"Primero.—Que al demandante Antonio J. Calle López pertenece por prescripción extraordinaria del dominio el inmueble a que alude la declaración.

"Segundo.—Condenando a los demandados a restituir y entregar dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a Antonio J. Calle López la finca de Santa Isabel, relacionada en el acápite anterior.

"Tercero.—Condenando a los demandados a pagar al actor los frutos civiles y naturales de la finca Santa Isabel que hayan podido percibir con mediana inteligencia y cuidado a partir del mes de septiembre de 1952 hasta el día en que se verifique la restitución del inmueble. El valor de los frutos se fijará de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial; y

"Cuarto.—Se condena al pago de las costas".

De este fallo apelaron los demandados ante el Tribunal Superior, cuyo pronunciamiento dispuso:

"Primero.—No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en los apartes principales, ni en el primero subsidiario de la demanda; por lo cual se absuelve a los demandados de los cargas en que se funda.

"Segundo.—Condénase a los demandados a pagar al señor Antonio J. Calle López el valor de las mejoras existentes en la finca de Santa Isabel, identificada como aparece en la demanda, en el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952); así como también los intereses legales correspondientes al precio de tales mejoras, desde el expresado mes de septiembre de 1952 hasta el día en que se verifique el pago. La naturaleza, calidad y cantidad de tales mejoras así como el justiprecio de las mismas, se establecerá mediante incidente separado sobre ejecución de las resoluciones judiciales.

"Tercero.—No hay costas en el juicio".

Motivaciones del fallo recurrido

Dice el Tribunal:

"Pero como "la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño..." (art. 762 ibid.), resulta entonces, que determinada la que sostiene el actor por una agregación de la suya propia a la de sus causantes, el fenómeno de la prescripción como modo de adquirir no podría ser reconocido, sino a través de la prueba de ese estado en cada una de las épocas que conforman el período veintenal de la prescripción. Y tal hecho, contra lo sostenido por el fallo de primera instancia, y conceptuado por el señor Magistrado sustanciador, no está acreditado en los autos. En efecto:

"Conforme a los términos de la escritura pública número 181 de 17 de mayo de 1944 de la notaría de La Dorada, don Francisco Calle Mejía, causante directo de los derechos del actor en la finca de la controversia, dio en venta a éste: "Unas mejoras consistentes en casa de habitación y sementeras de pastos artificiales, árboles frutales, platanera, árboles de cacao, cercadas casi en su totalidad con alambre de púas, formando todo esto, la finca de Santa Isabel, situada en fracción de San Antonio, municipio de Puerto Liévano, todas estas mejoras y rastrojeras en terrenos que se dice son de los señores Liévano.

"Es decir, que en el ánimo de Bravo Mejía, no estaba el de ocupar el suelo como dueño; pues no solamente limitó la venta a las 'mejoras y rastrojeras' en él existentes, sin referencia alguna a los derechos que pudiera tener sobre el terreno a virtud de la supuesta posesión, sino que de manera expresa denunciaba la ausencia de ese *animus domini* en su voluntad, cuando las declaraba plantadas 'en terrenos que se dice son de los señores Liévano'. A Bravo Mejía no le constaba de quién fuera el terreno, había oído decir que de los señores Liévano, pero podía serlo también de otro u otros, entre los cuales no se contaba desde luego él mismo, que al desprenderse de sus derechos en la finca, no extendió la enajenación ni hizo objeto de reserva, el suelo que ahora pretende su causahabiente señor Calle.

"De esta suerte, los hechos equívocos de posesión sobre que declaran los testigos, en relación con este tiempo, apenas vienen a comprobar el elemento objetivo de la misma, o sea, la tenencia material o *corpus*, pero no el subjetivo del ánimo de dueño, sin el cual dicha posesión no puede jurídicamente conformarse".

Y afirma el Tribunal que: "Como la posesión que sostiene el actor ejercida directa y personalmente por él, sólo aparecería iniciada desde el mes de mayo de 1944 en que adquirió de Bravo Mejía las mejoras que éste mantenía en el suelo, resulta entonces que, perdida esa supuesta

posesión en el año de 1952, no habría alcanzado a poseer sino por un tiempo muchísimo menor del de los veinte años que, se ha dicho son necesarios para adquirir por el modo de la prescripción extraordinaria. Por esta sencilla consideración el extremo primero de la demanda no puede prosperar.

"Tampoco el segundo y tercero subsiguiente, —dice el Tribunal— para que se condene a los demandados a 'restituír a mi mandante la finca rural de Santa Isabel' y a pagarle 'el valor d los frutos civiles y naturales de la aludida finca de 'Santa Isabel', desde el mes de septiembre de 1952 hasta el día en que se verifique la restitución', por encontrarse propuestos tales extremos, como una consecuencia del primero, que ha de ser negado; así lo comprueban los términos expresos como se demanda la restitución, y la condición análoga que se asigna a la del pago de los frutos".

Refiriéndose el fallador a la primera de las peticiones subsidiarias de que el actor "es dueño y poseedor legítimo de todas y cada una de las mejoras existentes en la finca de Santa Isabel, descrita en detalle en el curso de esta demanda, expone:

"El dueño de un inmueble —ha dicho la Corte— pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, sin necesidad de escritura pública registrada, ya provenga de la accesión de la naturaleza, de obra del mismo dueño o de obra de un tercero. El dueño incorpora en su patrimonio lo que por accesión se agrega al bien de que es dueño, y este resultado se obtiene sin que para ello se realice y se cumpla tradición alguna. Pero ello no quiere decir que sobre el dueño del inmueble, llegado el respectivo caso, no recaigan las prestaciones a que tenga derecho el plantador, edificador, etc., de acuerdo con la ley". (Cas. octubre 26 de 1909, to. XXV, 291).

"De esta suerte, al hablar el artículo 739 del C. C. de que 'el dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento hubiera edificado, plantado o sembrado tendrá derecho a hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las prestaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe...', no puede entenderse en el sentido de que, mientras el dueño del suelo no las haya pagado, la edificación o plantaciones, pertenecen a quien las hizo, ya que semejante concepto, pugna abiertamente con el de la adquisición del dominio por el modo de la accesión; sino que entre tanto ese pago no se haya hecho, el dueño del suelo está privado, a través del derecho de retención que asiste al acreedor del valor de las mejoras, de los atributos de uso y goce que son inherentes al derecho de dominio.

"El artículo 739 del C. C., explica la Corte en sentencia de 28 de mayo de 1940, no consagra una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del suelo se considera poseedor de él y el edificador no le disputa a ese dueño su derecho de dominio. La acción reglamenta uno de los casos de accesión y es aquel en que el dueño del suelo automáticamente se convierte también en propietario de la respectiva edificación, plantación o sementera; pero con el gravamen de reconocer el valor de las mejoras que el tercero ha hecho sobre el terreno que no le pertenece". (G. J. XLIX. 673).

Por estas motivaciones el Tribunal declaró improcedente las declaraciones de dominio y posesión de las mejoras por el actor, de que tratan las peticiones subsidiarias, reconociendo que: "Ya que con la escritura de don Francisco Bravo Mejía le otorgó al demandante señor Calle, y las numerosas declaraciones que este último llevó al juicio, aparece debidamente acreditada la existencia de apreciables mejoras que el citado demandante tenía en la finca de Santa Isabel y de que hoy son poseedores los demandados sin haberle pagado su importe, pero que: "Como la mencionada prueba no identifica, ni tampoco diferencia exactamente la cantidad y calidad de las debidas al actor de las que aparecen actualmente como puestas o aumentadas por los señores Hernández, tales mejoras deben identificarse y avaluarse, mediante el procedimiento de que trata el artículo 553 del C. J."

Demanda de casación de la parte actora

Este recurrente principia por hacer un recuento de los hechos debatidos en el juicio y formula contra la sentencia tres cargos que concreta así:

Primer cargo

Dice: "Acuso la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por violación directa e interpretación errónea de los artículos 739, 762 y 1617 del C. C. por violación directa, falta de aplicación de los artículos 778, 780, 981, 2521 y 2531 del Código Civil.

Por violación de los artículos 1º y 4º de la Ley 200 de 1936, por falta de aplicación".

Este primer cargo lo enuncia en varios numerales de la siguiente manera:

"a) Interpretación errónea del artículo 739 del C. C."

Y de la larga fundamentación que hace para sostenerlo se destaca lo siguiente:

"Dos hipótesis contempla esta disposición

1ª - Que un tercero plante o edifique en terreno ajeno, sin conocimiento del dueño, esto es sin su consentimiento; 2ª - Que se plante o edifique a ciencia y paciencia del dueño del terreno. En la primera hipótesis, el dueño del terreno, tendrá derecho a hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o de mala fe en el título de la reivindicación. O bien puede optar porque el que edificó o plantó, le pague el justo precio del terreno. El propietario tiene dos opciones. Como es obvio este primer inciso contempla el caso de los poseedores irregulares, del que ocupó un predio sin el consentimiento del dueño. No excluye que el ocupante sea poseedor, como creyó erradamente el Tribunal en la sentencia censurada. Y no podría hacerlo, porque quien planta en terreno ajeno sin el consentimiento del dueño, tiene que estar en posesión de él. Esa la razón de que para las indemnizaciones a que hubiere lugar remita a las reglas de los artículos 961 y ss. del C. C. Y el propietario para que puedan operar esas indemnizaciones, tiene que acudir a la acción reivindicatoria.

"El segundo inciso consagra la acción conocida en la doctrina con el nombre de "Recobro".

"Ahora bien, quien tiene las opciones previstas en el inciso primero del artículo 739 del C. C., un examen, es el dueño de una cosa singular, esto es, el titular del dominio pleno, no es el comunero, o pretendido comunero, que no tiene sino una cuota parte ideal, cualificada, no cuantificada, en un bien, (art. 2323 del C. C.)".

Y más adelante agrega:

"Por el solo ministerio de la ley no se hace dueño de lo edificado o plantado sin su consentimiento, el propietario del suelo. Tiene sólo el derecho-facultad de hacer suyo lo plantado o edificado, mediante las indemnizaciones del caso. Como anota el doctor Valencia Zea: 'Más exactamente puede decirse que las hipótesis regladas por el artículo 739 obedecen más a la estructuración del derecho de superficie en nuestra legislación, que a casos de accesión . . .' 'En el derecho de superficie existen dos propiedades superpuestas materialmente: la del suelo y la de lo construído en él . . .'

"Y esto es evidente, toda vez que la norma no dice, que por el sólo hecho de edificar o plantar en suelo ajeno, el dueño automáticamente se haga también propietario de lo plantado o sembrado. Sólo le concede el derecho-facultad de poder hacer suyo, lo edificado o plantado. Luego, mientras no se presenten las opciones allí previstas, el poseedor es dueño de sus mejoras.

Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo de España".

"En el caso hoy sub-lite, el Tribunal, no precisó cuál de las dos hipótesis previstas en el artículo 739 del C. C., aplicaba al caso materia de la controversia. En conclusión: se interpretó erradamente esta norma legal, y como consecuencia de esa errada hermenéutica, se aplicó indebidamente a un caso no gobernado por ella. Se restringió su alcance, sin tener en cuenta las modalidades concretas y específicas de la litis. (art. 472 del C. J.)".

"b) Interpertación errónea y aplicación indebida del artículo 1617 del Código Civil".

Reproduce la parte pertinente del fallo del Tribunal y manifiesta el recurrente:

"El Tribunal decidió que el justiprecio de las mejoras se hiciera en la forma prevista en el artículo 553 del Código Judicial. Pero los frutos producidos por tales mejoras si se apresuró a fijarlos, en un interés legal, desde la fecha del despojo, admitiendo implícitamente la mala fe de los demandados. Hizo una aplicación indebida del artículo 1617 del Código Civil que es norma de excepción, y por consiguiente de interpretación restrictiva que cuando se deben intereses de mora en el pago de una suma de dinero se deben los intereses convencionales, en su defecto los legales salvo casos excepcionales en que es necesario el pago de los intereses corrientes. Se refiere a la mora que dice, es el retardo voluntario y culpable en el pago de una obligación expresa, concreta, vencida y liquida, esto es preestablecida de antemano; que si no existe obligación de pagar una cantidad de dinero, si esa obligación no está determinada en cuanto su objeto, si no es pecuniaria desde su origen, si ella no nace de un contrato, es improcedente dar aplicación al artículo 1617 del C. C. y que

si no existe obligación exigible no puede hablarse de mora, según se infiere del artículo 1608 del Código Civil.

Cita diversos autores en apoyo de su pensamiento.

"c) Interpretación errada del artículo 762 del Código Civil.

"Transcribe el siguiente paso de la sentencia acusada:

"Pero como la posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño . . ." (art. 762 ibidem), resulta entonces, que determinada la que sostiene el actor por una agregación de la suya propia o la de sus causahabientes, el fenómeno de la prescripción como modo de adquirir no puede ser reconocido. . ."

Y afirma:

"El Tribunal, en la interpretación del artículo 762 del C. C., llevó hasta el extremo el criterio subjetivo de la posesión, el criterio exegético, hoy superado, sin tener en cuenta que en predios rurales, el fenómeno jurídico de la posesión material y económica, se valora y se pondera con un criterio objetivo, según el cual demostrado el "Corpus", el "animus", se infiere, como lo reiteró esa Superioridad en jurisprudencia no modificada hasta hoy, contenida en la sentencia de casación civil de fecha 24 de julio de 1937, G. J. número 1926, página 329. En esa sentencia se reconoció la prescripción treintenaria, como excepción al señor Florentino Rodríguez N., con fundamento en prueba testimonial, aceptando la suma de posesiones. Allí dijo sabiamente la Corte:

"La Corte a este último respecto mantiene su jurisprudencia con tanto mayor razón cuanto que el legislador en la Ley 200 de 1936 ha solucionado el conflicto doctrinario entre las teorías de las posesiones inscrita y material sobre bienes raíces rurales, en el sentido de dar prevalencia a esta última".

Y termina manifestando que la "sentencia violó el artículo 739 del Código Civil", por aplicación indebida" un error sobre la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico y concreto, y que la violación directa de las normas anteriores (762 y 1617 del C. C.) llevaron al Tribunal también a quebrantar directamente por falta de aplicación los artículos 778, 780, 981, 946, 951, 2512, 2521 y 2531 del C. C. y los artículos 1º y 4º, 21 y 22 de la Ley 200 de 1936 y que la violación de estas normas incidió en la parte resolutiva del fallo".

Se considera:

Como se observa, el ataque se endereza primeramente a hacer referencia a la parte del fallo del Tribunal que versa sobre la condenación al pago de las mejoras existentes en el predio de Santa Isabel, y al pago de los intereses legales del valor de aquellas mejoras, regulados de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 553 del código judicial. Pero, lo lógico hubiera sido que el ataque se iniciara contra la parte sustancial del fallo, en que negó a favor del actor la declaratoria de adquisición del dominio de la finca de Santa Isabel por prescripción extraordinaria.

Negada esa declaración de dominio a favor del actor, el fallador reconociendo la existencia de mejoras en la aludida finca de Santa Isabel, por el mes de septiembre de 1952, en que los demandados Hernández Delgado entraron en posesión, este primer ataque se limita a impugnar el fallo por errónea interpretación del artículo 739 del código civil, e intepretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1617 y 762 del mismo.

El propio actor en el hecho tercero de la demanda (clase c) reconoce expresamente que los señores Hernández Delgado y Rodulfo Hernández Delgado "son poseedores actuales de la finca de Santa Isabel a que se refiere el presente libelo y que se halla descrita en el hecho 8º, clase a)". Según esta manifestación, esos poseedores estaban obligados, como así lo declaró la sentencia a pagar el valor de las mejoras realizadas por el actor a quien el fallo tuvo como simple tenedor del inmueble, de acuerdo con la escritura Nº 181 de mayo 17 de 1944 pasada ante la Notaría del Circuito de La Dorada, presentada como prueba por el mismo demandante y cuyo análisis detenido hizo el Tribunal. Luego la situación de hecho también aparece manifiesta: los demandados Hernández Delgado son poseedores del inmueble Santa Isabel sobre que versa el juicio y contra ellos se dirigió la acción reivindicatoria contenida en la súplica segunda del libelo como una consecuencia de la declaración impetrada para que se reconociera a Antonio J. Calle como propietario de la finca Santa Isabel por haberla adquirido por usucapión. Es asimismo, como la demanda contiene en las peticiones subsidiarias que se han transcrito antes, las súplicas pertinentes en orden a obtener que los poseedores Hernández Delgado pagaran al actor el valor

de las mejoras realizadas por él en el aludido inmueble.

Cuando quien realiza las mejoras en predio ajeno ha perdido la tenencia o la posesión del inmueble en que ellas se han efectuado, tiene únicamente una acción personal contra el dueño o actual poseedor para ser indemnizado por el valor de tales mejoras que en virtud del fenómeno de la accesión se incorporan al inmueble y este resultado se obtiene sin necesidad de tradición alguna, pero quedando obligado el dueño o poseedor a pagar las indemnizaciones correspondientes, sin que pueda sostenerse válidamente que el plantador de las mejoras continúa siendo propietario de ellas ejerciendo un derecho de retención sobre el bien cuya tenencia ha perdido.

Por ello la Corte ha dicho en sentencia del 22 de julio de 1965, no publicada aún en el órgano de la Corporación, lo siguiente:

"En el caso de mejoras puestas en predio ajeno, o que no es íntegramente propio del autor de las mismas, no puede decirse que esas mejoras constituyen una propiedad suya superpuesta al condominio de la finca, en una a manera de coexistencia de dos señoríos diferentes, porque ello no lo permitiría el régimen legal de las mejoras en punto de propiedad privada, régimen que es de orden público y el cual, —dejando aparte las incidencias del sistema de la propiedad horizontal, con que nada tiene que ver la especie de esta litis—, está gobernado por el principio tradicional de que lo que se incorpora al suelo accede al dominio del mismo, sin perjuicio de las indemnizaciones previstas por la ley para evitar el injusto enriquecimiento (casa. 17 julio 1959, XCI, 2214, págs. 30 y 31; 3 mayo de 1961, XCV, 2240, págs. 816 y 817).

Si el demandante Calle no logró obtener que el fallador declarara a su favor el derecho de dominio adquirido por prescripción sobre el predio en que había realizado las mejoras, no se alcanza a ver cómo el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 739 del C. C., al condenar a los demandados Hernández Delgado a pagar el valor de esas mejoras que accedieron automáticamente al predio sobre el cual Calle había perdido la tenencia.

Y si esas mejoras existían en el mes de septiembre de 1952, los demandados se encuentran en mora de pagar el valor de ellas desde esa fecha, abonando por ese valor los intereses a que se refiere la sentencia acusada; el Tribunal le dio aplicación adecuada a las normas sustanciales que gobiernan estas indemnizaciones, y le dio cabal cumplimiento al principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena, sin perjuicio del simple carácter de tenedor que le reconoció al demandante. Y menos aplicó el Tribunal en forma indebida el artículo 1617 del C. C. cuando ordenó el pago de intereses desde la fecha citada, porque la naturaleza de la obligación reconocida así lo impone. El recurrente al formular este ataque, parte del supuesto de que era poseedor del inmueble al cual estaban vinculadas las mejoras, cuando tal carácter no le fue reconocido en la sentencia impugnada. Y si es verdad que no está determinado el monto de ellas, no es menos cierto que su valor determinable impone la obligación del pago de los frutos civiles consistentes en este caso en el interés legal del valor de las mejoras.

Cuando el recurrente, en el numeral c) de este cargo, manifiesta que se interpretó erróneamente el artículo 762 del C. C., olvida que a virtud de las constancias escriturarias contenidas en el instrumento público a que antes se hizo alusión, acepta que la transferencia que le hizo Bravo fue de las simples mejoras plantadas en terreno ajeno, título cuya verificación se hará al examinar el ataque correspondiente. Si allí acepta su simple carácter de tenedor del inmueble de Santa Isabel, obviamente está también reconociendo que estaría del "animus domini" como elemento esencial que integra el hecho jurídico de la posesión, y cuya falta con acierto dedujo el fallador de lo consignado expresamente en la escritura Nº 181 de 17 de mayo de 1944, y por medio de la cual Calle solamente adquirió las mejoras existentes en el predio a que alude dicho título.

Por ello las citas jurisprudenciales que el actor hace en su demanda, no son pertinentes al caso que se ha controvertido, porque ellas siempre se refieren al hecho de la posesión configurada en sus dos elementos *corpus* y *animus*, este último extremo que se excluye expresamente en la mentada escritura.

De lo dicho resulta también inoperante la referencia que el recurrente hace de las disposiciones de la Ley 200 de 1936 porque el actor "se estableció" en el fundo de Santa Isabel a título precario como se ha dejado expuesto, ni puede esta finca considerarse como territorio baldío cuando en el proceso obran títulos escritu-

rarios de transferencias a particulares que no han sido rebatidos formalmente.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo

El impugnante lo expone así: "Violó igualmente la sentencia materia de esta demanda, por violación indirecta de los artículos 762, 778, 780, 946, 950, 951, 981, 2512, 2521, 2531 y 2532 del código civil, por falta de aplicación. Violación por falta de aplicación de los artículos 1º, 4º, 21 y 22 de la Ley 200 de 1936, y 2º y 4º de la Ley 120 de 1928, violación indirecta. Violación de los artículos 472, 593, 603, 604, 608, 697, 721 y 930 del c. j.—Error de hecho evidente y manifiesto en los autos, en la ponderación probatoria.

El Tribunal quebrantó en la sentencia acusada, las normas positivas, como consecuencia de los siguientes errores de estimativa probatoria:

"Primero. — Escritura pública Nº 101 de 17 de mayo de 1944, otorgada en la notaría de La Dorada y por medio de la cual el señor Francisco Bravo Mejía entregó la posesión y mejoras de parte de la finca de Santa Isabel a Antonio J. Calle López, que obra al folio 18 del c. 2º".

Este cargo lo sustenta así el recurrente en diversos numerales:

"A) Erró de derecho el Tribunal al darle a la prueba literal un alcance extensivo de que carece, al ponderar la enunciación del instrumento: 'Compareció el señor Francisco Bravo Mejía... y expuso: Que da en venta real y enajenación perpetua al señor Antonio J. Calle... es a saber: Unas mejoras consistentes en casa de habitación y sementeras de pastos artificiales, árboles frutales, plataneras, árboles de cacao, cercados casi en su totalidad con alambre de púas, formando todo esto la finca rural denominada "Santa Isabel", situada en la fracción de San Antonio, Municipio de Puerto Liévano, todas estas mejoras y rastrojeras en terrenos que se dicen son de los señores Liévano, la que está dentro de los siguientes linderos: "Por el oriente, con el Río Negro (sic) (fl. 2); por el sur, con mejoras de Nazario Veloza; por el occidente, con el camino que conduce a la vereda de San Antonio; y por el norte, con mejoras de Evaristo Rojas, y hacia el Río Negro con Maximiliano Varón.

"B) Erró de hecho el Tribunal, al darle a la frase enunciativa, 'en terrenos que se dice son de los señores Liévano', la categoría de parte dispositiva del acto jurídico, o bien darle el calificativo de confesión, cuando los hechos están demostrando todo lo contrario, cuando de dicha frase no se desprende el 'animus confitendi'. El hecho que quiso deducir el Tribunal se halla totalmente infirmado.

"C) Erró de hecho el Tribunal, al no percatarse de las siguientes declaraciones del vendedor, que obran a continuación de la parte antes transcrita".

El impugnante inserta las declaraciones primera, segunda y tercera de la escritura referida.

"Segundo. — El Tribunal erró de hecho al no percatarse de las confesiones que el día 1º de julio de 1936, hizo ante el señor juez municipal de Puerto Liévano el señor Francisco Bravo Mejía, en la demanda que presentó contra Manuel Martínez, en ejercicio de un interdicto posesorio, y en el cual se declaró poseedor material del fundo que en 1944 vendió a Calle... Si en el año de 1936 era el poseedor, con mayor razón tenía que serlo en 1944.

"Tercero. — En este punto vuelve a referirse al error de hecho del Tribunal consistente "En no percatarse de la confesión hecha por Manuel Martínez al contestar la demanda presentada en su contra por Bravo Mejía, en las cuales admitió que éste era poseedor de dicho fundo..."

En el punto cuarto insiste en que el Tribunal cometió error de hecho "al no percatarse" de que Calle aumentó el fundo que adquirió de Mejía Bravo con la adquisición de unos fundos contiguos comprados a Nazario Veloza y otros... Y como se demostró en los autos con la copiosa prueba que se examina en el cargo siguiente. Y añade el recurrente:

"La adquisición de estos fundos no parece estar gobernada 'por la confesión" que se atribuyó a Bravo Mejía.

Quinto. — Afirma que erró de hecho el Tribunal "al no percatarse" que los demandados "no son titulares del dominio sobre el fundo de "Santa Isabel", descrito en la petición primera de la demanda, al no percatarse que ellos nunca han adquirido de nadie, ese inmueble como cuerpo cierto, y que ellos sólo alegan un derecho en la hipotética comunidad de San Antonio, cuya existencia no se acreditó en los autos, hechos confesados por el apoderado de los demandados

en el memorial que obra a los folios 72 v. y 73 del c. 4. Allí se dice: 'No son, pues, los demandados señores Hernández titulares de derecho de dominio o propiedad sobre un fundo determinado o sea de un cuerpo cierto, sino dueños de derecho de comunidad vinculados a la gran finca de San Antonio...' Esta situación no la examinó el Tribunal. Error de hecho evidente y manifiesto en los autos".

Y dice el recurrente entre otras afirmaciones:

"Que en todo instrumento público, existe una parte dispositiva del acto o contrato, y una enunciativa, según la doctrina de los artículos 1759 y 1765 del código civil. La parte dispositiva es aquella que se refiere al acto jurídico en sí mismo considerado, e integra una prueba literal, que demuestra plenamente la entidad jurídica del mismo, demuestra el contrato en sus elementos propios y esenciales. Hay una parte enunciativa que tiene relación directa con el negocio jurídico, que hace relación a sus elementos naturales o meramente accidentales, según el enunciado del artículo 1501 del código civil. Hay partes enunciativas que no tienen relación directa con el acto o contrato, porque no se refieren a ninguno de los elementos naturales o accidentales del mismo y que vienen a tener en ciertos casos, la categoría de confesión extrajudicial, que no es plena prueba".

En alguno de los apartes del extenso libelo, hace el impugnante esta aseveración:

"Ahora bien, de que Bravo Mejía dijera que había oído decir que esos fundos eran de unos señores Liévanos, no puede inferirse que estuviera renunciando a su calidad de poseedor de ellos. Aún más: Todo demuestra que no quiso decir verdad, toda vez que él sabía quién era el que había intentado perturbarlo en el año de 1936: 'Manuel Martínez...'".

En este cargo el recurrente trae a cuenta numerosas citas de autores con el intento de respaldar su tesis.

Se considera:

Como puede observarse fácilmente, el impugnante en este cargo se refiere tanto a errores de hecho, como de derecho sin precisar claramente cuáles son las normas de derecho probatorio que incidan directamente en la equivocada valoración probatoria hecha por el fallador.

La situación que plantea el recurrente consiste en afirmar que su vendedor señor Bravo Mejía "no quiso decir la verdad" en algunas de las cláusulas de la escritura Nº 181 ya citada, y en pretender dislocar el pensamiento y la real situación jurídica contemplada en esa escritura.

Pero la Corte considera que el Tribunal no incurrió en error de derecho al valorar el dicho instrumento porque lo tomó con el valor que le otorga la ley, tampoco incurrió en errores de hecho porque se atuvo al tenor del instrumento en lo que él expresa; porque según la escritura respectiva Bravo no le vendió a Calle sino las mejoras contenidas en el fundo de "Santa Isabel" y no la posesión de este predio, resulta manifiesto que Calle no podía con fundamento sostener que el fallador hubiera cometido los errores de hecho que le apunta el recurrente, pues el Tribunal estimó suficiente que del examen hecho de la escritura referida, se deducía paladinamente que Calle no tenía el carácter de poseedor de la finca de "Santa Isabel", sino el de simple tenedor de ella, en la cual se hallaban las mejoras que fueron motivo exclusivo de la venta. Ello llevó al Tribunal a no reconocer a favor de Calle el dominio por prescripción adquisitiva del fundo tantas veces mencionado.

La escritura aludida no puede dislocarse en sus términos, porque integra una unidad con evidentes consecuencias prácticas. Se estima procedente reproducir algunas de sus cláusulas que no fueron anotadas debidamente por el acusador:

La escritura Nº 181 de 17 de mayo de 1944, notaría de La Dorada y llevada a los autos por el propio actor en el juicio, dice: "... compareció el señor Francisco Bravo Mejía... y expuso: ..., es a saber: Unas mejoras consistentes en casa de habitación... formando todo esto la finca rural denominada Santa Isabel..., todas estas mejoras y rastrojeras en terrenos que se dice son de los señores Liévanos, la que está dentro de los siguientes linderos: Por el oriente, con el río Magdalena (sic)... Declara el señor Bravo Mejía: 1º—Que las mejoras que vende fueron (sic) compradas en parte pequeña al señor Silva o Murcia por medio de documento privado y la mayor parte fueron fundadas por el vendedor con posesión quieta y pacífica desde hace varios años (sic)... 3º—Que hace la venta presente con todos los derechos, anexidades... por la cantidad de un mil pesos... 4º—Que el comprador queda desde hoy en posesión de las mejoras vendidas por esta escritura a quien le hace entrega real y material de ellas sin reserva alguna. 5º—Que está conforme con los

$ 1.000.00 moneda corriente que ha recibido como precio de las mejoras... Presente el señor Antonio J. Calle dijo: Que acepta esta escritura con todas las declaraciones del vendedor porque está a su entera satisfacción".—Al final de la escritura se encuentra esta nota: de la cual da fe el notario: "No se exigió el certificado de paz y salvo con el Municipio de la ubicación, por lo dicho en la siguiente comunicación: Bogotá, abril de 1944.—Notario Circuito Borada.—D. J. 2001. Mejoras permanentes terreno ajeno deben inscribirse catastro cuando propietario alega algún derecho suelo. Enajenación tales mejoras exige certificado paz y salvo...".

De esta transcripción se deduce: 1º—Que aparece manifiesta la voluntad del vendedor de haberle vendido a Calle únicamente las mejoras contenidas en la finca de "Santa Isabel"; si el vendedor declara sin lugar a dudas que las mejoras están en terrenos que se dice son de los señores Liévanos, está afirmando su simple calidad de tenedor del terreno; no podía transferirle a Calle la posesión de ese bien, porque el mismo Bravo Mejía reconoce que los terrenos pertenecen a los nombrados señores: 2º—El lindero oriental, según el título, no es el río Negro, como lo dice el recurrente, sino el río Magdalena; 3º—El mismo instrumento en su cláusula cuarta insiste, como lo reconoce el comprador "que queda en posesión de las mejoras vendidas por esta escritura". Y que "acepta todas las declaraciones del vendedor, porque todo está a su entera satisfacción".

Cómo puede romperse el contenido del instrumento para que el comprador acepte lo que le conviene y rechace lo que lo perjudica? El título precitado debe tomarse como lo apreció el Tribunal como un todo unitario, sin que él pueda prestarse a la dislocación que pretende el recurrente.

Precisamente el artículo 1765 invocado por el censor anota claramente que el instrumento público aún en lo meramente enunciativo hace fe entre las partes, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato; por ninguna parte se deduce la violación que el Tribunal hubiera hecho de este tan claro precepto.

Por lo tanto, no puede afirmarse que el fallador incurrió en error de valoración de esta prueba, ni mucho menos en error de hecho, cuando precisamente ese título sirvió de fundamento esencial al fallo acusado.

Y que Bravo Mejía dijo la verdad, lo está acreditando la serie de títulos escriturarios, que los demandados aportaron al juicio acompañados de los certificados del registrador de instrumentos públicos y privados. Allí se encuentra que el señor Félix J. Liévano le vendió a Manuel Martínez por medio de la escritura número 2606 de 10 de noviembre de 1914 de la Notaría 2ª de Bogotá, determinando allí los linderos, parte del derecho de dominio que adquirió en la sucesión de Indalecio Liévano que fue debidamente protocolizada.

Por medio de la escritura 255 de 28 de noviembre de 1938 se protocolizó el juicio de sucesión de Manuel Martínez Gaitán, y allí se hizo expresa referencia a que el causante adquirió el bien inventariado, según el título 1126 ya citado. Como única interesada le fue adjudicada, como cuerpo cierto la herencia del causante a su viuda Olimpia de Martínez.

En la escritura número 128 de 23 de mayo de 1946, notaría de Guaduas se protocolizó el juicio de sucesión de Olimpia Gaitán de Martínez; se reconocieron los herederos David, Luis, Hipólito, Buenaventura, Sinforoso, Carlos Julio, Eduvina, María de los Angeles y María Olimpia G., quienes a su turno, les vendieron a los demandados Ernesto y Rodulfo Hernández Delgado la finca allí alinderada "que fue adquirida por los vendedores por adquisición que se les hizo en el juicio de sucesión de su madre señora Olimpia Gaitán de Martínez y que desde hoy mismo transmiten a los compradores el inmueble en referencia... Esta escritura está fechada el 22 de septiembre de 1952 (página 12 c. 3º).

Se ha traído a cuento la referencia de los títulos anteriores, para demostrar cómo el vendedor Bravo Mejía no mintió cuando hizo la pertinente declaración en la escritura 181, en relación con la propiedad del inmueble Santa Isabel donde se hallaban ubicadas las mejoras por él vendidas al actor Antonio J. Calle López, y cómo los demandados han presentado una titulación que demuestra su dominio en el dicho inmueble.

Es de advertir también, que en la diligencia de inspección ocular verificada ante el Juez a-quo, ambas partes reconocieron expresamente que los linderos de la finca cuya prescripción adquisitiva demandó, son los mismos a que se refieren los demandados.

El artículo 1759 del Código Civil es claro, cuando enseña: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de

las declaraciones que en él hayan hechos los interesados. En esta parte no hacen plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él, hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular".

Si esas declaraciones hacen plena fe contra los otorgantes, no es aceptable que se pretenda desconocer la plenitud de su fuerza probatoria con meros testimonios que, como lo hace el recurrente, quiere hacer aparecer que su vendedor no dijo verdad cuando declaró que la venta sólo se refería a las simples mejoras realizadas en predios que el vendedor reputaba como ajenos. La prueba testimonial en el caso presente no sirve para desvirtuar lo consignado en una escritura pública.

Y esto le sirvió de base al fallador para considerar ineficaces las múltiples declaraciones traídas por el actor para demostrar que la posesión del inmueble de Santa Isabel la había tenido una serie de personas, y que el vendedor Bravo Mejía, tenía forzosamente que transmitir a su comprador esa posesión en contra de lo explícitamente afirmado por éste. Y es el mismo recurrente, al invocar como violado el artículo 2531 del Código Civil como está reconociendo en forma indudable que el título de adquisición de las mejoras fue de simple tenencia del predio de Santa Isabel. Ese artículo en su numeral 3º, dice: "Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción a menos de concurrir estas dos circunstancias: Primera, que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; Segunda, que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo". Si en el año de 1944, fecha de la escritura 181. Francisco Bravo Mejía vendió las mejoras reconociendo que ellas se encontraban en terrenos de terceros, no puede Calle alegar una posesión que no le fue transmitida por su vendedor, ya que el mismo comprador aceptó expresamente todas las declaraciones hechas en el instrumento, porque todo estaba a su entera satisfacción. No hubo, por lo tanto, falta de aplicación del artículo 2531.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo

En esta censura afirma el impugnante que el Tribunal incurrió en violación indirecta de las mismas normas sustanciales señaladas en el cargo segundo por errores de hecho que pretende, como si se tratara de una tercera instancia, que la Corte haga un nuevo examen de los testimonios y diligencias aportados al debate. Hace especial referencia a que el Tribunal erró "al no percatarse" del dictamen pericial rendido dentro de la diligencia de inspección ocular, afirmando que los peritos en forma unánime fijaron el precio de las mejoras que existían en la finca de Santa Isabel por septiembre del año de 1952 en la suma de $ 63.500.00 y los frutos en $ 600.00 mensuales.

La Corte considera:

El recurrente al referirse a la diligencia de inspección ocular practicada por el juzgado guarda silencio en relación con la realizada por el Tribunal Superior, en la que se presentaron serias y notorias divergencias en cuanto al avalúo de las mejoras, lo que lo llevó a disponer que ellas se fijaran de acuerdo con los trámites del artículo 553 del Código Judicial como se ha visto atrás. Esas divergencias llegaron hasta el extremo de que los peritos no pudieron ponerse de acuerdo ni aún respecto de la cabida del predio de Santa Isabel. Las diligencias de inspección ocular y de peritazgo obran en el cuaderno 5º de las pruebas.

Con la serie de testimonios que indica el impugnante, aspira a que la Corte entre nuevamente a analizarlas, cuando el Tribunal partió del hecho cierto de que Calle no tenía la posesión del aludido inmueble, sino su simple tenencia, como así se la había transmitido su vendedor.

Se rechaza el cargo.

El recurso de los demandados

Esta demanda contiene dos cargos relacionados con la parte del fallo del Tribunal en que reconoce a favor de Calle las mejoras existentes en el predio Santa Isabel, y dispone que ellas se liquiden y paguen de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 553 del Código Judicial que el recurrente estima como violado, lo mismo que el artículo 480 ibidem y para sostener el ataque dice entre otras cosas lo siguiente: "En la demanda materia de este juicio, como acción subsidiaria, se propuso entre otras, que se condena-

ra a los demandados al pago del valor de las mejoras que reclama haber establecido el demandante. Luego a éste le correspondía demostrar la clase de mejoras que se le debían pagar, su identificación y la calidad de ellas. El sentenciador encontró ausente del proceso esta prueba, y en lugar de absolver, resolvió remitir a las partes a discutir nuevamente el punto en el incidente previsto en el artículo 553".

En el segundo cargo estima que se violó el artículo 1617 del Código Civil porque: "Una cantidad de dinero que esté sin determinar rechaza el concepto de mora en el pago precisamente porque se ignora su exacta cuantía. Es imposible que haya mora en el pago de una suma de dinero que no se sabe qué valor representa.

La Corte considera:

En primer término las normas contenidas en los artículo 480 y 553 del Código Judicial no tienen carácter sustancial y por lo tanto, resalta su improcedencia para fundar en ellas un cargo en casación. No obstante, se advierte que en el proceso quedó plenamente establecido, como lo sostiene el fallador, que en el predio objeto del litigio existían mejoras que los demandados han debido pagar al actor por la fecha en que entraron en posesión del inmueble, mejoras cuyo valor debía estimarse en la forma prescrita en el artículo 553 de la obra citada. El Tribunal no violó en forma indirecta el artículo 1617 del Código Civil "por causa de su indebida aplicación al caso resuelto por el fallador", porque los intereses a que fueron condenados los demandados corresponden a los frutos de las mejoras desde septiembre de 1952 en que el demandante fue despojado de éstas y no por la mora de que trata el artículo 1617, que por lo tanto no fue infringido.

En cuanto al ataque hecho al fallador por la aplicación de la disposición procesal antes citada, la Corte en fallo contenido en la G. J. t. LXXI, página 379, dijo:

"Este artículo 553 es amplio en su contenido y se refiere a cantidades ilíquidas por concepto de frutos, perjuicios 'u otra cosa semejante'. De suerte que dicho artículo no solamente se refiere a prestaciones accesorias, como son frutos e intereses, sino que en él quedan comprendidas también cosas que pueden ser principales, como por ejemplo los perjuicios que se reclaman en una acción indemnizatoria, o también en el caso sub-judice en que el precio de los artículos recibidos, no es cuestión accesoria".

Los cargos son inanes.

DECISION:

En mérito de 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 veintiocho (28) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Antonio J. Calle contra Ernesto Hernández y otro.

No hay costas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

A L I M E N T O S

Colisión de competencias entre Jueces de Menores.—Funcionario a quien compete conocer de la demanda.

Tratándose de la acción de alimentos contemplada en los artículos 69 a 82 de la Ley 83 de 1946, es evidente que el Juez de Menores del lugar en que reside el menor tiene la competencia para conocer de la demanda, aunque el padre contra quien se dirige esté domiciliado en otra jurisdicción. De ello no dejan duda los textos, ninguno de los cuales atribuye la competencia al Juez del domicilio del demandado, por la cual corresponde, según el artículo 2º, al Juez del "Respectivo territorio" en que se encuentre el menor.

Reza el artículo 70, en su primera parte, que "Cuando el padre de un menor de diez y ocho años se niegue a prestarle alimentos, la madre, o el pariente más cercano del menor, o el menor mismo, pueden acudir ante el Juez de Menores, verbalmente o por escrito, en solicitud de que se obligue al padre al cumplimiento de su deber". Sería contrario al sistema de la ley, el que se obligara a la madre del menor o a las personas que pueden pedir por él, o al "menor mismo", a desplazarse a otra sección territorial, sufriendo todos los inconvenientes y obstáculos de la distancia, para pedir los alimentos ante una jurisdicción que no es la del lugar y medio social del menor necesitado, con el riesgo de hacerle nugatorio su derecho por la falta de recursos con que sufragar los gastos que implicase la traslación del diligenciamiento al sitio de residencia del demandado.

Lo cual no impide —pues sería aplicación de lo expuesto— que si el menor se ha trasladado al territorio de la residencia del padre para pedirle los alimentos ante el Juez de Menores de ese Distrito Judicial, pueda éste conocer de la acción, como competente al efecto, por ser el del lugar en que al tiempo de la demanda se encuentra el actor.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Ante el Juzgado de Menores de Ibagué, Angela Gutiérez Morales, mujer soltera, residente en Espinal, hablando en nombre de sus menores hijos Hernando y William Javier, demandó, en escrito presentado el 15 de diciembre de 1965, a Félix Hernández Valbuena, residente en Bogotá, como a padre natural de los mismos menores, para que mediante el juicio de alimentos cuyo procedimiento señala la Ley 83 de 1946, se condene al demandado a suministrar a los dichos menores, alimentos en la cuantía que el libelo indica.

El Juzgado de Menores de Ibagué avocó en la misma fecha el conocimiento del asunto y previamente dispuso oficiar al Pagador de la Policía Nacional de Bogotá, en donde trabaja el demandado, para que allí se hagan las retenciones periódicas correspondiente y sus envíos, por conducto del Banco Popular de Ibagué, con destino a la demandante.

Sin haberse notificado aun la demanda, solicitó la actora que, con el fin de evitar gastos de transporte y otros, se remitiera el negocio al Juzgado de Menores de Espinal, lugar de su domicilio, considerando ser este funcionario el competente para conocer del juicio.

Visto este pedimento, el Juzgado de Menores de Ibagué envió el expediente al de Espinal, el que a su turno y en consideración a que el demandado no reside allí, devolvió el asunto a Ibagué. Y, como el Juzgado de este último Distrito le retornó al de Espinal, provocándole competencia negativa, éste por auto de 28 de julio de 1966 resolvió insistir en la colisión de competencia y, en tal virtud, dispuso remitir el incidente a la Corte Suprema de Justicia, para su decisión.

Esta superioridad ha oído a la Procuraduría General de la Nación, cuyo Delegado en lo Civil, luego de un dilatado examen de los aspectos que reclamaron su atención, llega a las siguientes conclusiones:

"a) Aplicando estrictamente el derecho procesal o formalista, por razón del domicilio del demandado, en este asunto la competencia para conocer le corresponde al Juez de Menores del Distrito Judicial de Bogotá.—Esa competencia para conocer no la tendría ninguna de las distinguidas Jueces de Menores de los Distritos Judiciales de Ibagué y de El Espinal.

"b) Cuando la demandante intentó la acción petitoria de 'alimentos' ante la señora Juez de Menores de Ibagué, tratándose de un asunto contencioso personal, ella prorrogó la jurisdicción por ese solo acto en dicha Juez.—Al pedir que el asunto pase a conocimiento de la señorita Juez de Menores del Distrito de El Espinal, no estando aun trabado el lazo de la litis consorcio, puede admitirse que a su vez dicha demandante prorroga la jurisdicción en esta funcionaria.—Si el demandado al serle notificado el auto admisorio de la demanda, no opusiere oportunamente la excepción correspondiente, se entiende que también prorrogaría en la Juez de El Espinal (o en la de Ibagué) la jurisdicción. Una u otra podría seguir conociendo y decidir definitivamente sobre la provisión de alimentos a los menores de edad a cuyo nombre se demanda (art. 153 C. Judicial).

"Es el concepto de esta Procuraduría".

LA CORTE CONSIDERA:

Ninguno de los decretos dictados en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 27 de 1963 para reorganizar la rama jurisdiccional del poder público, contiene norma especial sobre competencia de los Jueces de Menores, fuera del artículo 10 del Decreto 528 de 1964, que dice: "En cada Distrito Judicial habrá por lo menos un Juez de Menores, cuya competencia y funciones serán determinadas por la *respectiva legislación*". Se dejó así, como era lo natural, a la legislación especial de menores, la atribución de determinar la competencia y funciones de los jueces de tal categoría.

Ahora bien: Estas competencia y funciones de los Jueces de Menores vienen señaladas por la Ley 83 de 1946, "orgánica de la defensa del niño" como lo reza su epígrafe. Y precisamente en su artículo 2º, luego de disponer que en cada capital de Departamento habrá un funcionario judicial denominado Juez de Menores— hoy en cada Distrito Judicial, según el citado artículo 10 del Decreto 528—, preceptúa que ese funcionario "conocerá privativamente y en una sola instancia de las diligencias a que dieren lugar las infracciones penales cometidas por los menores de diez y ocho años en el *respectivo territorio* y en el de las Intendencias y Comisarías que señale el Gobierno, y de las situaciones de abandono o peligro moral o físico en que se hallaren los menores de la misma edad".

Quiere decir que, como principio rector en el ámbito de esta jurisdicción especial, el artículo 2º de la Ley 83 encomendó el conocimiento "de las situaciones de abandono o peligro moral o físico" en que se hallare un menor de diez y ocho años, al Juez de Menores del territorio en que aquél se encuentre. Solución que ciertamente consulta las necesidades de su defensa, la que podría verse entrabada o diferida si tuviera que acurrirse al fuero de distinta circunscripción territorial, cuyo Juez, por la distancia y por ser ajeno al medio social en que se desenvuelve la situación de peligro o abandono del menor, no estaría en capacidad suficiente de apreciar los remedios que esa situación requiere y de darles aplicación oportuna.

Así, fijando el "procedimiento para el caso de menores abandonados o en peligro", dispone la Ley 83 en su artículo 48 que "Siempre que el Juez de Menores tenga conocimiento, ya sea por denuncia, o de oficio, de que hay un menor moral o físicamente abandonado o en peligro, abrirá en el acto la investigación correspondiente y se informará, por sí o por medio de sus delegados, detalladamente de las condiciones que rodean al menor, del ambiente de moralidad en que viva, de los medios de subsistencia y de los antecedentes de todo orden, personales y familiares". Y, en desarrollo de este sistema de *inmediación*, previene en el artículo 49 que "El Juez podrá hacer comparecer a su despacho a todas las personas cuyas informaciones juzgue necesarias, y podrá someter al menor a los estudios de observación preceptuados en esta ley"; y, luego de establecer en el artículo 50 que el funcionario dictará en presencia de los padres del menor o de las personas de quienes éste dependa la correspondiente sentencia, de manera verbal, breve y sumaria, señala mediante el artículo 51 los varios sentidos en que tal sentencia puede enton-

ces consistir, el primero de los cuales es el de "una prevención a los padres o a las personas de quienes el menor dependa, a fin de que cumplan para con éste con los deberes de educación, de asistencia, de alimentación y vigilancia".

Tratándose así de la acción de alimentos contemplada en los artículos 69 a 82 inclusive de la misma ley, es evidente que el Juez de Menores del lugar en que reside el menor tiene la competencia para conocer de la demanda, aunque el padre contra quien se dirige esté domiciliado en otra jurisdicción. De ello no dejan duda los textos, ninguno de los cuales atribuye la competencia al Juez del domicilio del demandado, por lo cual corresponde, según el artículo 2º, al Juez del "Respectivo territorio" en que se encuentre el menor.

Reza el artículo 70, en su primera parte, que "Cuando el padre de un menor de diez y ocho años se niegue a prestarle alimentos, la madre, o el pariente más cercano del menor, o el menor mismo, pueden acudir ante el Juez de Menores, verbalmente o por escrito, en solicitud de que se obligue al padre al cumplimiento de su deber". Sería contrario al sistema de la ley, el que se obligara a la madre del menor o a las personas que pueden pedir por él, o al "menor mismo", a desplazarse a otra sección territorial, sufriendo todos los inconvenientes y obstáculos de la distancia, para pedir los alimentos ante una jurisdicción que no es la del lugar y medio social del menor necesitado, con el riesgo de hacerle nugatorio su derecho por la falta de recursos con qué sufragar los gastos que implicase la traslación del diligenciamiento al sitio de residencia del demandado.

Lo cual no impide —pues sería aplicación de lo expuesto— que si el menor se ha trasladado al territorio de la residencia del padre para pedirle los alimentos ante el Juez de Menores de ese Distrito Judicial, pueda éste conocer de la acción, como competente al efecto, por ser el del lugar en que al tiempo de la demanda se encuentra el actor.

Se le concede, pues, la razón a la funcionaria de Menores de Ibagué, al provocar este incidente, considerando que la competencia en el presente asunto se determina, no por el domicilio del demandado, sino por el lugar de la residencia de la parte actora.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, oído el concepto del Ministerio Público, decide que es competente para conocer de este juicio de alimentos propuesto por Angela Gutiérrez Morales, en nombre de sus hijos menores Hernando y William Javier, contra Félix Hernández Valbuena, el Juzgado de Menores de Espinal.

Comuníquese a las funcionarias entre quienes se suscitó la competencia, y remítase el proceso al Juzgado declarado competente (art. 423 C. J.).

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

A más de estos los comerciantes pueden acudir a otros medios de prueba para acreditar la celebración de sus negocios.—En materia mercantil hay mayor amplitud probatoria que en el campo civil.

En el giro de sus negocios todo comerciante puede celebrar una o varias de sus operaciones verbalmente, por documento privado o público, o con la solemnidad especial exigida por la ley, y anotar esas operaciones en sus libros de comercio. En tales supuestos, el comerciante puede disponer, para demostrar el negocio celebrado, no sólo de sus libros, conforme a lo dispuesto por el C. de Comercio, sino también del instrumento en que se haya consignado el contrato y aún de los demás medios de prueba que sean pertinentes al caso. De modo que el hecho de llevar libros no priva a ningún comerciante del derecho de acudir a otros medios de prueba para acreditar la celebración de uno o más de sus negocios. Respecto de los comerciantes ningún precepto positivo reduce esos elementos de prueba a los solos libros de comercio. Por el contrario, en materia mercantil hay mayor libertad probatoria que en el campo de los asuntos civiles. Y aún más: cada uno de esos otros medios tiene señalada por la ley una determinada fuerza demostrativa y no pierde ese valor propio por la circunstancia de que el negocio a que se refiere sea anotado en los libros de comercio de quien lo celebra. El principio de la unidad contable se refiere a la correspondencia que debe existir entre todos los libros y documentos referentes a los negocios de un comerciante, pero no tiene el alcance de eliminar el mérito probatorio que la ley les asigna a los medios de prueba distintos de aquellos libros.

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

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

La sociedad llamada "Consorcio Antioqueño de Transportes, Limitada" demandó a los cónyuges Antonio Laverde Gómez y Gabriela Uribe de Laverde ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín para que, previo un juicio ordinario, se hicieran en la sentencia varias declaraciones, así:

a)—Que el demandado Antonio Laverde adeuda a la compañía demandante la suma de $ 30.000.00 por concepto de unos préstamos de dinero que ésta le hizo a aquél.

b)—Que se condene al mismo Laverde a pagar a la sociedad actora la mencionada cantidad de dinero, con sus intereses comerciales devengados al uno por ciento mensual desde el 30 de septiembre de 1957 hasta cuando se efectúe el pago.

c)—Que los demandados Laverde y Uribe son solidariamente responsables de la deuda expresada por el interés común que ambos tuvieron en los préstamos referidos.

d)—Que existe simulación en la compra que de una casa de habitación hizo la señora Gabriela Uribe mediante la Escritura número 5945, extendida en la Notaría Cuarta de Medellín en 1956, toda vez que allí se hizo figurar como compradora a dicha señora Uribe cuando el verdadero adquirente fue su marido Antonio Laverde.

e)—Que el propietario real de la casa aludida es el señor Laverde o en subsidio la sociedad conyugal Laverde-Uribe.

f)—Que los demandados deben pagar las costas del juicio.

Los fundamentos de hecho de la demanda pueden compendiarse así:

1)—La sociedad demandante está domiciliada en Medellín y se dedica a la industria del transporte por tierra y a otros negocios de carácter comercial.

2)—El señor Antonio Laverde, casado con la señora Gabriela Uribe, trabajó como contador en la misma compañía durante varios años.

3)—Laverde prestó a la empresa excelentes servicios, razón por la cual ésta lo distinguió y estimuló con el pago de buenas remuneraciones y con concesiones especiales que no se hacían a los otros empleados.

4)—Una de esas concesiones consistió en abrirle a Laverde un crédito casi ilimitado y en hacerle préstamos de dinero para todas sus necesidades, préstamos que se contabilizaban en una especie de cuenta corriente que el propio Laverde llevaba y asentaba personalmente en los libros de la compañía.

5)—En atención a los buenos servicios de Laverde, la sociedad le prestó también a éste en diversas ocasiones varias cantidades de dinero para atender a la construcción de su casa de habitación; esos dineros se le facilitaron en cheques que se entregaban unas veces al propio Laverde, otras a su esposa y otras a "Lotoyca" o entidad encargada de la edificación.

6)—La mayoría de los préstamos de dinero que la empresa le hizo a Laverde, fue destinada por éste a la adquisición de un solar y a la construcción de su casa, adquisición que hizo por medio de la Escritura número 5945 de 1956; sin embargo, en este instrumento Laverde hizo figurar a su esposa Gabriela Uribe como compradora, no obstante que ésta no tenía patrimonio, y ello con el fin de burlar a los acreedores de aquél.

7)—La cuenta corriente de Laverde estuvo funcionando hasta el 30 de septiembre de 1957, fecha en que él se retiró de la empresa, en que se cortó esa cuenta, se le abonaron en ella $ 4.446.00 por concepto de prestaciones sociales y en que el propio Laverde anotó en la misma cuenta que ella arrojaba a su cargo un saldo de $ 30.000.00.

8)—Este dinero no ha sido cubierto por Laverde, quien niega deberlo, y contra él propuso la sociedad un juicio ejecutivo que no tuvo éxito porque el Juez expresó que no había acción ejecutiva.

Al contestar la demanda se opuso el señor Laverde a las pretensiones de la parte actora, aceptó unos hechos, negó otros y explicó que él había prestado sus servicios con honorabilidad y consagración a la sociedad, incluso en días festivos y hasta altas horas de la noche; que, como su sueldo no correspondía a su excesivo trabajo, los directores de la empresa, interesados en esos servicios, resolvieron entregarle dineros para compensarlos luego con sus prestaciones sociales y que en todo caso no se le cobrarían si resultaban superiores a dichas prestaciones; que mientras trabajó como contador, él anotaba tales dineros en los libros respectivos; que los mismos dineros fueron invertidos en parte en la construcción de una casa; que no recuerda las cantidades que se le entregaron ni las fechas; que sus servicios a la empresa terminaron el 30 de septiembre de 1957; que entonces recibió la cantidad de dinero indicada en la demanda por concepto de prestaciones, que aceptó la liquidación de éstas, pues que no hizo reclamo alguno, y que quedó a paz y salvo con la compañía; que no fue él quien anotó saldo alguno en la cuenta corriente; que no es cierto que él le deba a la empresa la suma de dinero que se le cobra, pues que quedó a paz y salvo por todo concepto, y que la misma sociedad le instauró un juicio ejecutivo que no prosperó porque nada debe. Este demandado dijo además proponer la excepción que llamó genérica.

También la señora Uribe de Laverde dio respuesta a la demanda manifestando oponerse a ella, admitiendo unos hechos, negando otros y expresando saber que su marido prestó magníficos servicios a la empresa demandante, que en razón de ese eficiente trabajo y de la poca remuneración que tenía, se le entregaban a Laverde sumas independientes, pero que éste no quedaba debiendo; que esos dineros los recibía su marido y algunas veces ella, en cheques; que su casa fue construída con sus ahorros y con dineros recibidos por Laverde en la forma dicha y que no es cierto que éste deba suma alguna a la sociedad. Manifestó igualmente que proponía la llamada excepción genérica.

La primera instancia del juicio se clausuró con el fallo de 26 de enero de 1962, por el cual se inhibió el Juez de resolver el negocio en el fondo por estimar que faltaba el presupuesto procesal de demanda en forma, vicio procedente de una indebida acumulación de acciones.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Apelado por la parte demandante el fallo de primer grado y surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió la sentencia de 14 de junio de 1962, por la cual se revocó la decisión recurrida y en su lugar se resolvió:

"1º—Una vez éntre en ejecutoria esta providencia, el señor Antonio Laverde Gómez queda obligado a pagar a la sociedad 'Consorcio Antioqueño de Transportes, Limitada', o a su representante legal, la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00), moneda legal, procedentes de su cuenta corriente que tuvo en la expresada sociedad, con sus intereses legales desde la fecha de la ejecutoria.

"2º—Niéganse en un todo los demás pronunciamientos invocados y sobre los cuales se absuelve a la parte demandada.

"Las costas de esta instancia, en una mitad y a las cuales se condena al señor Antonio Laverde Gómez, serán cubiertas por éste a la parte actora".

La sentencia del Tribunal reseña los términos de la litis y aborda en seguida el punto relativo a la acumulación de acciones para concluír que tal acumulación no es irregular o inhibida en este caso y que en consecuencia el negocio debe ser resuelto en el fondo.

Con este propósito se refiere el fallo a la primera súplica de la demanda sobre la existencia de la deuda de $ 30.000.00 a cargo del demandado y a favor de la empresa demandante, recuerda los hechos que sustentan ese pedimento y dice que para probar tal deuda trajo la parte actora varios elementos de juicio, así: un extracto de la cuenta corriente de Laverde, adicionado con una inspección ocular y un dictamen de peritos; dos pliegos de posiciones que absolvió el demandado; quince comprobantes de recibos de dinero suscritos por el mismo señor Laverde y ocho fotocopias de unos cheques girados en su mayoría a favor de éste por el Consorcio. Acerca de estas pruebas expresa la sentencia: "Sobre el valor de estos documentos es preciso hacer estudio de cada uno para saber si efectivamente el saldo de la deuda que se demanda, aparece vigente o si por el contrario no existe al presente, dadas las alegaciones del demandado, quien afirma la cancelación total de los préstamos que le fueron hechos y que lo hizo mediante sus prestaciones sociales y al tenor del comprobante de caja número 1668, de septiembre 30 de 1957, en el que figura la liquidación de la cesantía en su favor y por la suma allí anotada y con la siguiente explicación con la cual termina: 'Declaro que con la presente liquidación Consorcio Ant. de Transportes Ltda. queda a paz y salvo con el suscrito por todo concepto'".

La sentencia cita y examina los quince comprobantes de préstamos de dinero que la sociedad demandante le hizo a Laverde, dice que esos recibos fueron suscritos y reconocidos por éste, que las cantidades consignadas en todos ellos montan $ 30.000.00 y figuran anotadas en el extracto de la cuenta corriente del mismo Laverde y que, aunque tal cuenta sólo tiene el valor probatorio de principio de prueba, según el artículo 42 del C. de Comercio, sucede que por haber sido llevada y asentada por el propio demandado, conforme a confesión hecha por él mismo, por hallarse corroborada por los quince comprobantes mencionados y porque la mayoría de las entregas de dinero se hizo mediante cheques, dicha cuenta demuestra efectivamente la existencia de la referida obligación del nombrado Laverde, al tenor de lo prescrito por los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887.

Haciendo referencia a la misma cuenta corriente y a la alegación del demandado de que ella fue cancelada, dice el fallo: "Sobre esta cuenta específica y por lo que toca a su cancelación, cuya prueba no existe en este proceso no obstante la afirmación del demandante (sic) al admitir el saldo, de que fue cancelada, tal cualificación implica un hecho nuevo que debe acreditar fehacientemente, pues, siendo la confesión divisible, es preciso (art. 609, C. J.) aportar la prueba correspondiente".

Acerca del comprobante sobre liquidación y pago de la cesantía al señor Laverde, expresa la sentencia que allí declaró éste que la sociedad demandante quedaba a paz y salvo con él, pero que esta manifestación no significa lo contrario, esto es, que dicho Laverde hubiera quedado también a paz y salvo con el Consorcio, y que no se concibe que, si el saldo de $ 30.000.00 que arrojaba la cuenta corriente fue cancelado, no se hubiese consignado esa cancelación también por escrito.

Después de anotar que Laverde confesó en posiciones que fue él mismo quien confeccionó los comprobantes de recibos de dinero, la sentencia concluye así el estudio de las pruebas.

"En cuanto a la prueba testimonial presentada por el señor Laverde, se anota que ella se limita a tratar de demostrar, inútilmente, la clase de su trabajo desempeñado, las horas extras laboradas y su trabajo en días festivos, todo lo cual es innocuo comentar, ya que si las prestaciones correspondientes a ello no le fueron cubiertas, allí está la jurisdicción del trabajo que es la autoridad competente para decidir sobre ellas.

"Y porque además no se explica la Sala cómo es que el ex-empleado demandado pretenda hacer valer ahora una supuesta cancelación respecto de una obligación importante por su cuantía, dejándola viva en los libros de la empresa acreedora y sin ninguna constancia escrita, y además, recibiendo en efectivo las prestaciones relativas a la cesantía, sin hacer abono alguno, todo lo cual está indicando que su obligación aparece vigente y por lo mismo, en la sentencia habrá de decretarse por justa y en un todo legal".

El fallo estudia por último las otras súplicas de la demanda referentes a la solidaridad de los demandados Laverde y Uribe respecto de la deuda a favor de la compañía demandante y a la simulación de la compra de la casa hecha por la señora Uribe y no encuentra demostración alguna de estas pretensiones. Acerca de la simulación observa además que ella no puede ser declarada en juicio sin citar a todas las personas que, como partes, intervinieron en la celebración del contrato tildado de ficticio y que en este caso no se demandó a la entidad que le vendió la casa a la nombrada señora Uribe.

LA IMPUGNACION

El demandado Antonio Laverde recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales señaladas por el artículo 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado cinco cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo.—Se hace consistir en la violación indirecta de los artículos 1625, 1714, 1715, 2221 y 2223 del C. Civil, por falta de aplicación los tres primeros y por aplicación indebida los dos últimos, a causa de errores de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se señalan los artículos 27, 28, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 49, 51, 52 y 53 del C. de Comercio, 609 y 648 del C. Judicial.

El recurso inicia así la sustentación de este primer motivo:

"La sentencia aplicó indebidamente los artículos 27, 28, 33, 35, 49, 51 y 52 del C. de Co., porque consideró que la sociedad había cumplido totalmente con el deber de llevar todos los los libros exigidos a los comerciantes; por haber admitido como prueba libros llevados con irregularidades; por haberles dado un valor mayor que el señalado en la ley a las simples anotaciones privadas y por haber roto el principio de la unidad contable, admitiendo que unos documentos auxiliares sirvieran como plena prueba de una obligación, independientemente de los libros afectados por la irregularidad. Al mismo tiempo violó, por no aplicación, los artículos 36, 37, 39, 40 y 53 ibidem, por no haber tenido en cuenta que incidía en este juicio el hecho de no llevarse por la empresa el libro de 'inventarios y balances'; que se le prohibe dejar espacios en blanco y hacer enmendaduras; que los libros irregularmente llevados no hacen prueba alguna en favor del comerciante que los lleva y si en beneficio de terceros; y que ni siquiera se refirió a estas alteraciones para establecer su carencia de valor (53). Como efecto de estas violaciones medio, trasgredió, por falta de aplicación, los artículos 1625, 1714 y 1715 y ss. del C. C., a causa de haber pasado por alto la compensación de la deuda originada en el mutuo y por aplicación indebida de los artículos 2221 y 2223 ibidem, en cuanto consideró subsistente aún esa obligación y el deber de pagarla otra vez con recargo de costas e intereses en su monto total".

Alude el recurso a los varios elementos de juicio que tuvo en cuenta el fallo y dice que "todas esas especies de prueba pueden y deben reducirse a dos clases, para demostrar cómo no tiene asidero firme la sentencia: la contabilidad y la confesión".

Continúa arguyendo que los libros de contabilidad del Consorcio carecen de todo mérito demostrativo, a la luz del art. 40 del C. de Comercio, por adolecer de varias y muy graves irregularidades. Para demostrarlo acude al dictamen de los peritos que examinaron la cuenta del demandado Laverde, dictamen en que se anota que no existe el libro de inventarios y balances, añadiendo el recurso que "esta sola informalidad es suficiente para que el artículo 39 ibidem le quite a toda la contabilidad su valor, pues si ninguno tiene en causas mercantiles con mayor razón carece de él en las civiles, y porque todos los libros se relacionan íntimamente entre sí, formando la unidad contable a que se refiere el artículo 52". Recuerda otras anomalías que los peritos observaron en los libros, tales como la de que, existiendo dos libros de caja-diario, uno de ellos ofrece asientos hechos con lápiz de papel, defecto que, en sentir del impugnante, viola las prescripciones de orden y cuidado que estatuye el art. 37 ibidem. En el otro libro de caja-diario se inició la anotación de operaciones antes de ser registrado, infringiéndose con ello lo dispuesto por los arts. 33 y 40, y además en el mismo libro hay páginas con espacios en blanco, lo que

implica un desconocimiento de lo prescrito por el ordinal segundo del art. 37. Finalmente, el libro mayor presentaba entonces un retraso de nueve meses, lo que significa una desobediencia del art. 35.

Con base en estas observaciones sostiene el recurso que carecen por completo de mérito probatorio en favor de la compañía demandante, pero que sí lo tienen en beneficio de la parte demandada, "todos los libros aducidos en el juicio y todos los documentos que, conforme al art. 52, hacen parte de ellos, como son los recibos, los comprobantes, de caja, las facturas, etc., que constituyen necesariamente la base de los asientos y relaciones de cuentas", pues que si la disposición citada les niega valor autónomo a los libros auxiliares, aun registrados y llevados normalmente, "con mayor razón carecen de él los documentos de menor categoría en que se apoyan éstos y los principales, porque la unidad contable es principio inconcuso desde el punto de vista técnico-jurídico". "Por consiguiente —agrega el recurso— todo este haz probatorio debe desecharse en su integridad en lo favorable al actor, como si no hubiese existido, y estimarlo en beneficio de la parte demandada con el valor que le asigna el artículo 47".

De este modo la sentencia incurrió, según el recurso, en un error de derecho al reconocerles la fuerza de plena prueba a unos documentos y anotaciones que no tienen ningún valor favorable a la parte actora y al negarles el mérito que sí tienen respecto del demandado Laverde, y a consecuencia de ese error el mismo fallo quebrantó las normas sustanciales atrás citadas.

Y no sólo eso, sino que la sentencia incurrió también en otros errores de derecho en la apreciación de las pruebas. Afirma el recurso que dicho fallo les reconoció valor probatorio a las fotocopias de unos cheques, violando así el art. 648 del C. Judicial, que señala los casos en que pueden ser admitidos en copia los documentos privados e independientes de la unidad de la contabilidad, sino elementos básicos de ésta, y se hallan por tanto sujetos a las prescripciones de esa unidad contable y corren su misma suerte. La sentencia cometió un error de derecho al reconocerles mérito probatorio a esos quince comprobantes de entregas de dinero al señor Laverde, porque tales recibos "carecen de todo valor por ser partes de una contabilidad que tampoco lo tiene y que no es lógico que lo adquieran por el solo reconocimiento del demandado".

En las posiciones absueltas por el demandado Laverde admitió éste haber anotado en los libros de la compañía los asientos relativos a su cuenta corriente, de los cuales resulta que esas partidas arrojan contra él un saldo de $ 30.000.00, pero sucede que el propio Laverde negó en seguida deber esta cantidad de dinero, porque tanto el gerente como el sub-gerente del Consorcio dieron por cancelada esa cuenta. De manera que el demandado no confesó en realidad deber esa suma a la compañía, y además, esas posiciones no pueden ser apreciadas en forma separada de la contabilidad como confesión pura y simple. Al ponderarlas la sentencia como tal confesión de deuda incurrió en un error de derecho.

Por otra parte, si Laverde confesó haber anotado los asientos relativos a su cuenta corriente, negó deber al Consorcio la suma de $ 30.000.00, por haberla cubierto con las prestaciones y remuneraciones convenidas con la misma sociedad. La confesión del demandado es, pues, indivisible, y el fallo al tenerla y apreciarla como divisible, cometió un error de derecho, con quebranto del art. 609 del C. Judicial.

Según el recurso, todos los errores de derecho apuntados condujeron a la sentencia a violar las normas sustanciales señaladas en un principio.

Segundo cargo. — Versa sobre la violación indirecta de los arts. 1625, 1714, 1715, 2221, 2223, 2229, 2230 a 2232 del C. Civil, los tres primeros por falta de aplicación y los demás por aplicación indebida, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como norma probatoria infringida se indica el art. 50 del C. de Comercio.

El recurso sustenta este cargo diciendo que la sentencia incurrió en un error de derecho al atribuirles valor demostrativo a los asientos de unos libros cuya eficacia probatoria frente a terceros había caducado. En efecto, según el art. 50, citado, transcurridos quince meses desde la fecha de cada asiento, los libros no constituyen ni aun un principio de prueba a favor del comerciante, aunque siempre lo serán en favor de terceros. El señor Laverde terminó su relación laboral con el Consorcio el 30 de septiembre de 1957, fecha en que quedó cortada su cuenta; el 25 de marzo de 1960 la compañía demandó al mismo Laverde en juicio ejecutivo que no prosperó, y posteriormente, el 18 de noviembre del

mismo año, propuso la demanda que dio origen a este litigio, demanda que fue notificada el tres de febrero de 1961. Según estos datos, cuando se promovió este juicio ordinario había ya caducado la eficacia demostrativa de los libros de contabilidad contra el demandado, y por tanto la sentencia, al reconocerle al extracto de la cuenta corriente el valor de un principio de prueba, incurrió en un error de derecho, con violación del art. 50 del C. de Comercio y también con quebranto de las normas sustanciales anotadas, al no dar por compensada la deuda de Laverde con sus prestaciones sociales y reconocerla como vigente. "Y no se arguya —dice el recurrente— que la confesión del demandado es suficiente, porque, según lo que expliqué antes y doy por reproducido aquí, la confesión de deuda no existe, porque ella es indivisible y ha de tomarse en su integridad, ya que la contabilidad no es prueba en este caso para la actora, y porque las respuestas en posiciones no pueden separarse de las anotaciones en los libros (que aquí carecen de valor)".

Cargo tercero. — Consiste en la violación indirecta de los arts. 1625, 1626, 1714, 1715, 2221, 2223, 2229, 2230 a 2232 del C. Civil, los cuatro primeros por falta de aplicación y los otros por aplicación indebida, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Se cita el art. 47 del C. de Comercio como norma probatoria quebrantada.

Sobre este motivo expresa el recurso que el dictamen de los peritos que examinaron la cuenta corriente del señor Laverde da razón de que allí figura un asiento escrito en máquina en estos términos: "Cancelación de su cuenta $ 91.00", pero que luego se escribió a mano con lápiz rojo y en letra grande la palabra "abono". La sentencia no vio que en la cuenta aludida aparecía la voz "cancelación" y sin embargo de ello le otorgó fuerza probatoria en favor de la parte actora al vocablo "abono" que se escribió luego a mano. "Con aquella alteración de los hechos —afirma el recurso— cambió a la prueba el valor que la ley le otorga de manera muy clara en el artículo 47 del C. de Co., que se ha violado por falta de aplicación, cuando expresa que los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva, y no se admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos, máxime si se trata de asientos adulterados. Nadie osaría negar que en aquella contabilidad estaba cancelada regularmente la cuenta del señor Laverde, y que lo que en contabilidad se cancela, en derecho significa pago". De esta manera la sentencia cometió otro error de derecho que la condujo a trasgredir las disposiciones sustanciales señaladas al declarar deudor al nombrado Laverde y condenarlo a pagar una suma de dinero que él no debe.

Cuarto cargo. — Se hace consistir en el quebranto indirecto de los arts. 1625, 1714, 1715, 2221, 2224, 2229, 2230 a 2232, 2234 y 2235 del C. Civil, 14, 58, 60, 128, 143, 153, 188, 191, 194, 320 y 357 del C. S. del Trabajo, a causa de un error de hecho en la apreciación de las pruebas.

En desarrollo de esta censura dice el recurso que la demanda se inició sobre la base de que Laverde prestó al Consorcio excelentes servicios, de que tuvo buenas remuneraciones y de que consiguió concesiones especiales, tales como préstamos de dinero para la construcción de una vivienda. La respuesta del demandado se apoyó en que las sumas de dinero que se dicen entregadas al mismo Laverde como préstamo de la compañía, no fueron sino un complemento de su sueldo, en que se convino en compensarlas con los salarios y prestaciones del propio demandado y en que por ello éste no quedó debiendo nada por ese concepto, razón por la cual se propuso la excepción llamada genérica.

El ingreso de Laverde en la empresa se efectuó el primero de junio de 1952 y su retiro se produjo el 30 de septiembre de 1957; durante este lapso de cinco años y cuatro meses, tuvo aquél sueldos de $ 850.00, de $ 1.000.00 y de $ 1.100 y devengó por concepto de estos sueldos, de sus primas, de vacaciones no disfrutadas y de cesantía la cantidad total de $ 70.638.46. "Instaurándose la acción —expresa el recurso— sobre las dos bases esenciales de que el señor Laverde devengó salarios y recibió dinero en mutuo, quiere decir que la sociedad se confesó deudora en el primer caso y acreedora en el segundo y que estaba en el deber de comprobar que hizo dos entregas simultáneas de dinero: una por pago de salarios y prestaciones y otra por mutuo. Y precisamente porque se le daba dinero al trabajador, unas veces a este a título, otras para hacer 'abonos decadales' de su sueldo, otras sobre el valor de sus vacaciones, la prueba doble ha debido producirse para que surgiera en claro a qué título se le hicieron aquellas entregas, pues todo pago hecho al trabajador se presume a título de salario (arts. 25 y 128 del C. S. del T.). Lo lógico es suponer que esos $ 30.000.00 fue-

ron dados por éste último concepto, ya que no se ha demostrado la cancelación de las obligaciones a cargo del patrono confesante ni tampoco la entrega de otras sumas por distinto convenio".

Habiéndose confesado por la compañía demandante que Laverde le prestó servicios excelentes y que devengó sueldos y otras prestaciones y no existiendo prueba del pago de estos sueldos y prestaciones, el fallo debió tener en cuenta que se había causado a cargo de la misma sociedad una deuda compensable con la que ella le exige aquí a Laverde, compensación que ha debido decretarse, aunque no se hubiera pedido expresamente en el juicio. Como en este caso la prueba de los préstamos de dinero al demandado consiste en la contabilidad y en la confesión de Laverde, resulta que esa misma prueba demuestra que éste trabajó y devengó sueldos y prestaciones sociales. Sucede, empero, que, según el dictamen de los peritos, sólo aparece anotado en aquella contabilidad que el Consorcio cubrió los sueldos de Laverde durante los años de 1956 y 1957, quedando sin asentar en los libros y sin prueba el pago del saldo de $ 49.336.46. Añade en seguida el recurso: "Ahora aparecen claros estos puntos: que el demandado excepcionó compensación al contestar la demanda; que si admitimos su calidad de obligado por mutuo, también se comprobó con plena prueba que el Consorcio lo era de salarios y prestaciones por contrato de trabajo; que el 30 de septiembre tenía aquél a su favor una suma de dinero líquida, exigible y compensable por mandato legal con la que pudiese tener en su provecho el patrono; que ello constituye una excepción perentoria probada y discutida, que ha debido declararse, lo que determina que no sea un hecho nuevo en casación; que en el supuesto de que por primera vez fuese a discutirse la falta de pago de salarios y prestaciones, ello es admisible por tratarse de una cuestión esencial de orden público, por mandato especial del artículo 14 del C. S. del T. y porque aquéllos son irrenunciables (artículos 143 y 357 id. y 16 C. C.)".

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia incurrió, en sentir del recurso, en un evidente error de hecho al no apreciar las pruebas que "demostraron la existencia de un crédito exigible de $ 44.400.00 a favor del señor Laverde y a cargo de la sociedad demandante en 30 de septiembre citado". Las probanzas omitidas son la demanda, la primera pregunta y la respuesta correspondiente del pliego de posiciones absueltas por el demandado, la inspección ocular y el dictamen de los peritos, los comprobantes de caja y los testimonios de Pedro Pablo Pajón, Eduardo Osorio, Javier Vásquez, Francisco Pareja Ruiz, Demetrio Figueroa Villa, Gilberto Gómez Agudelo, Jesús Mejía, Bernardo Aramburo y Carlos Escobar Franco.

La exposición de este motivo concluye así: "Como consecuencia de tan notorio error, violó, por falta de aplicación, los artículos 14, 58, 60, 128, 143, 153, 188, 191, 194, 320 y 357 del C. S. del T., que disponen que las normas relacionadas con la rama laboral son de orden público; que el patrono debe pagar íntegra y oportunamente el salario y las prestaciones; que éstos no pueden retenerse ni compensarse sin autorización del trabajador; y que, siendo irrenunciables, las manifestaciones genéricas de paz y salvo que haga el trabajador no tienen valor si se comprueba la falta de pago.

"Como consecuencia de aquel error y de estas violaciones, dejó de aplicar los artículos 1625, 1714 y 1715, por no haber declarado la compensación; y por aplicación indebida los artículos 2221, 2229, 2230 a 2232, 2234 y 2235 del C. C. al admitir que existe una obligación de mutuo y que, no obstante ser de carácter civil y no haberse pactado expresamente interés, se le condenó al pago de capital y de éstos, con lo cual violó también, por no aplicación, el 2224 ibidem.

"No podría afirmarse que en el presente caso la causal pertinente sería la segunda, si se considera que el Tribunal dejó de atender una petición del demandado. Pero es sabido que ella no tiene lugar cuando aquél tiene el deber de pronunciarse sobre un determinado punto, aun sin petición expresa, como es el caso de excepciones perentorias probadas y especialmente aquellas que, como la de compensación, se producen por ministerio de la ley".

Quinto cargo. — El recurso lo formula en estos términos: "Violó directamente el inciso primero del artículo 2224 del C. C. al no aplicarlo al caso *sub judice*, pues no se demostró convención expresa de las partes sobre intereses, ni se acreditó la calidad de un mutuo comercial. Al mismo tiempo aplicó indebidamente los artículos 2224, inciso tercero, 2221, 2229, 2230, 2231, 2232, 2234 y 2235 del C. C., pues en estas disposiciones se establece que el mutuo civil es por naturaleza gratuito y que solamente se deben intereses cuando se pactan, y que, pactados, sólo

se deberán los legales si nada se dijo sobre su monto. De manera que la conclusión en este caso es la de que, si la obligación existe, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I) — La sentencia declaró que el demandado Antonio Laverde le debe a la compañía "Consorcio Antioqueño de Transportes, Ltda." la cantidad de $ 30.000.00, moneda legal, y condenó al mismo Laverde a pagar esa suma de dinero inmediatamente después de la ejecutoria del propio fallo. El respaldo probatorio de esta condena consiste en el extracto de la cuenta corriente que al demandado se le abrió y llevó en los libros de la sociedad actora, en una inspección ocular y un dictamen de peritos que se practicaron sobre la cuenta dicha, en quince comprobantes de recibos de dinero suscritos y reconocidos por Laverde, en unas posiciones absueltas por éste y en ocho fotocopias de unos cheques girados en su mayoría a favor del propio demandado. La sentencia le atribuyó al extracto de la cuenta corriente el valor de un principio de prueba, atendiendo a lo prescrito por el art. 49 del C. de Comercio, y expresó que los demás aludidos elementos de prueba corroboran lo consignado en tal cuenta, de manera que el conjunto de todas esas probanzas acreditaba "efectivamente" la existencia de la deuda del demandado a favor del Consorcio demandante. Este es, en compendio, el fundamento del fallo impugnado.

En su primer cargo el recurso acusa la sentencia de violar indirectamente los arts. 1625, 1714, 1715, 2221 y 2223 del C. Civil por no haber decretado la compensación de unas deudas y reconocido en cambio la existencia de una obligación del demandado, nacida de un contrato de mutuo, quebranto que se produjo a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Este yerro se hace consistir en haberles reconocido mérito demostrativo a los elementos de prueba que se han mencionado, pues el recurso afirma que ninguno de esos medios tiene fuerza probatoria a la luz de las normas del C. de Comercio que regulan el valor demostrativo de los libros de comercio y de acuerdo con el principio de la unidad contable. Para el impugnante, ningún mérito ofrece el extracto de la cuenta corriente, porque la empresa demandante no tiene todos los libros que ordena la ley y porque los libros que lleva adolecen de irregularidades que los afectan de ineficacia probatoria. Tampoco le merecen valor alguno los quince comprobantes de entregas de dinero, suscritos y reconocidos por el demandado Laverde, porque, según el referido principio de la unidad contable, esos documentos son parte integrante de la contabilidad y corren en consecuencia la misma suerte probatoria de los libros. Ninguna fuerza de convicción le reconoce a las fotocopias de cheques, porque no se adujeron en la forma señalada por el art. 648 del C. Judicial. Y, en su concepto, las posiciones absueltas por el demandado no contienen una confesión pura y simple, pues que, de haber confesión, ella sería indivisible, debido a que Laverde, aunque admitió haber recibido unos dineros, dijo que no los debía. Este es, también en cifra, el planteamiento de la primera censura.

El art. 182 del C. de Comercio prescribe que "los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse o rescindirse, y su prueba, son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales del comercio". Según este precepto, el régimen probatorio a que están sometidos los contratos y obligaciones de derecho civil, es aplicable en materia mercantil, salvo en aquellos casos en que las leyes del comercio establezcan una prueba especial.

Fuera del principio anterior, el art. 183 ibidem consagra la regla general de que "los comerciantes pueden contratar y obligarse verbalmente, por escritura pública o privada, o por póliza autorizada por un agente intermediario, a menos que la ley exija una determinada solemnidad como requisito esencial de la validez del contrato".

Estos dos preceptos dejan ver, de una parte, que en materia mercantil priva la regla de la libertad de prueba, desde luego que los comerciantes pueden contratar y obligarse verbalmente, y de otro lado que el régimen probatorio del derecho civil tiene aplicación también en el campo comercial, con la ya enunciada salvedad de los casos especiales en que las normas del comercio exijan una prueba determinada.

En relación con los libros de contabilidad establece el art. 43 del C. de Comercio que "los libros de comercio, llevados en conformidad a lo dispuesto en los artículos 31 a 38, hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agiten entre sí", y el art. 51 ibidem agrega que

"en materia civil, aun entre comerciantes, los libros no tienen más fuerza que las anotaciones privadas". Cuando dichos libros adolecen de irregularidades, no tienen valor en juicio respecto del comerciante a quien pertenecen, según el art. 40 ibidem, y cuando se trata de cuestiones mercantiles entre un comerciante y otra persona que no lo es, los libros solo tienen el valor de un principio de prueba, que requiere ser completada por otros medios probatorios, de acuerdo con lo prescrito por el art. 49 del Código citado.

En el giro de sus negocios todo comerciante puede celebrar una o varias de sus operaciones verbalmente, por documento privado o público, o con la solemnidad especial exigida por la ley, y anotar esas operaciones en sus libros de comercio. En tales supuestos, el comerciante puede disponer, para demostrar el negocio celebrado, no sólo de sus libros, conforme a lo dispuesto por el C. de Comercio, sino también del instrumento en que se haya consignado el contrato y aun de los demás medios de prueba que sean pertinentes al caso. De modo que el hecho de llevar libros no priva a ningún comerciante del derecho de acudir a otros medios de prueba para acreditar la celebración de uno o más de sus negocios. Respecto de los comerciantes ningún precepto positivo reduce esos elementos de prueba a los solos libros de comercio. Por el contrario, en materia mercantil hay mayor libertad probatoria que en el campo de los asuntos civiles. Y aún más: cada uno de esos otros medios tiene señalada por la ley una determinada fuerza demostrativa y no pierde ese valor propio por la circunstancia de que el negocio a que se refiere sea anotado en los libros de comercio de quien lo celebra. El principio de la unidad contable se refiere a la correspondencia que debe existir entre todos los libros y documentos referentes a los negocios de un comerciante, pero no tiene el alcance de eliminar el mérito probatorio que la ley les asigna a los medios de prueba distintos de aquellos libros.

En el caso presente aparece en verdad establecido que los libros de comercio de la compañía demandante adolecen de irregularidades que los privarían de fuerza demostrativa. Y es también cierto que la sentencia no les atribuyó ningún mérito. En esos libros figura una cuenta corriente del demandado Laverde, cuenta cuyos asientos fueron anotados por este mismo demandado. Al juicio se trajo un extracto de tal cuenta, y el fallo le reconoció a ese extracto el valor de un principio de prueba respecto del señor Laverde, por haber confesado éste ser el autor de los asientos constitutivos de la citada cuenta corriente.

Entre las pruebas acogidas por la sentencia figuran quince comprobantes de entregas de dinero en distintas cantidades y fechas al señor Laverde. Esos comprobantes fueron suscritos y reconocidos por éste, y en la mayoría de ellos consta que los dineros de que dan razón le fueron entregados en préstamo al mismo demandado. Los guarismos que aparecen en dichos recibos suman la cantidad de $ 30.000.00. Tales comprobantes son documentos privados que hacen plena fe respecto del señor Laverde, de acuerdo con lo prescrito por el art. 1761 del C. Civil, y que demuestran sin duda alguna que el demandado recibió en préstamo del Consorcio la mencionada cantidad de dinero. El mérito probatorio de estos documentos es propio e independiente del valor que ofrecen o que puedan merecer los libros llevados por el mismo Consorcio, aunque ellos hagan parte de la llamada unidad contable. Está ya dicho y se repite que este principio de contabilidad no mengua ni destruye la fuerza demostrativa que en sí mismos tengan las facturas, recibos y demás documentos públicos o privados que se relacionen con la llamada unidad contable. Siendo esto así, bien claro se ve que la sentencia no incurrió en ningún error de derecho al reconocerles el valor de plena prueba a los quince comprobantes referidos y al dar por demostrado con ellos que Laverde recibió en préstamo de la compañía demandante la mencionada cantidad de $ 30.000.00. Estos documentos tienen por sí solos un mérito probatorio que es suficiente para respaldar la expresa conclusión del fallo.

También se atribuye a la sentencia el haber incurrido en un error de derecho al considerar que las posiciones absueltas por Laverde contienen una confesión de deuda y al estimar divisible tal confesión. En sus posiciones admitió el demandado haber recibido en préstamo del Consorcio varias cantidades de dinero, extendido y suscrito los comprobantes ya referidos y asentado en los libros de contabilidad las partidas correspondientes a esas entregas de dinero, pero agregó que dichos préstamos se le hacían con imputación anticipada a sus prestaciones sociales y que no debía las sumas prestadas porque los directores de la empresa las dieron por canceladas. De modo que el señor Laverde confirmó en sus posiciones el recibo de dineros en préstamo, y aunque añade que nada debe a la compa-

fija por haber cubierto esas sumas con sus prestaciones, sucedo que en este caso no cabe dilucidar si la confesión del demandado es o no cualificada, divisible o indivisible, porque ella no es la única prueba que obra en esta litis sobre el recibo de dineros en préstamo, ya que los solos comprobantes suscritos por el mismo Laverde acreditan de manera plena ese recibo de dineros a título de mutuo. En estas circunstancias correspondía al propio demandado comprobar la restitución o pago de tales sumas de dinero. Por donde se concluye que ningún error de derecho con trascendencia en el fallo cometió éste al considerar divisible la confesión del demandado.

La sentencia no les atribuyó a las fotocopias de los cheques girados por el Consorcio a favor del señor Laverde ningún valor probatorio especial, sino que las tomó como un simple indicio que corrobora las entregas de dinero al propio Laverde. Aunque es verdad que esas fotocopias no se produjeron en la forma señalada por el art. 648 del C. Judicial, la circunstancia de tomarlas en cuenta como indicio corroborante de las dichas entregas de dinero no tiene aquí ninguna trascendencia, desde luego que el fallo se funda primordialmente en los quince comprobantes que confeccionó y suscribió el demandado.

Estos razonamientos ponen de relieve que la sentencia no incurrió en los errores de derecho que se le atribuyen en la primera censura.

II) — En el segundo cargo se le imputa a la misma sentencia el quebranto de varias normas sustanciales a consecuencia de un error de derecho, consistente en haberles reconocido mérito demostrativo a los asientos de la cuenta corriente de Laverde cuando ya había desaparecido la eficacia probatoria de los libros de contabilidad.

Acerca de esta censura vale recordar que el principal respaldo probatorio de la sentencia radica en los quince comprobantes de recibos de dinero en préstamo que el demandado extendió, suscribió y reconoció, y que en realidad ella no les asignó ningún valor demostrativo a los libros de la compañía demandante. Lo que el fallo expresa es que, por haber sido asentada y llevada la aludida cuenta corriente por el propio demandado, según confesión hecha por él mismo, el extracto de esa cuenta tenía el alcance de un principio de prueba, el cual aparecía confirmado por las otras probanzas que figuran en el proceso. De modo que, en el fondo, la sentencia no les reconoció ninguna fuerza probatoria a los libros de la sociedad ni a los asientos de la cuenta corriente, como tales, y que en consecuencia no cometió el error de valoración ni los quebrantos de ley sustancial que en el segundo cargo se le atribuyen.

III) — En el tercer cargo se le imputa a la sentencia la violación de varias disposiciones sustanciales a causa de un error de derecho que se hace consistir en no haberle reconocido valor probatorio al asiento de la cuenta corriente del señor Laverde que figura anotado en estos términos: "Cancelación de su cuenta $ 91.00", y en el cual aparece que sobre la voz "cancelación" se escribió la palabra "abono".

El dictamen pericial a que se refiere el recurso demuestra en efecto los términos del asiento mencionado y cómo se sustituyó el vocablo "cancelación" por el de "abono". En los cargos anteriores se acusa la sentencia de haber incurrido en un error de derecho al reconocerles fuerza probatoria a los libros de la compañía y a los asientos de la cuenta corriente de Laverde, y en esta tercera censura se le imputa al mismo fallo otro error de derecho consistente, por el contrario, en no asignarle mérito demostrativo a uno de los asientos de la mentada cuenta corriente en que figura el término "cancelación" con referencia a la cantidad de $ 91.00.

La sentencia estimó que los préstamos de dinero hechos por el Consorcio al señor Laverde constituían operaciones de carácter civil, y además, según queda visto, no les reconoció valor probatorio a los asientos de la cuenta corriente, en sí misma considerada, por causa de las informalidades que afectan los libros de la empresa. Si bien es verdad que el art. 47 del C. de Comercio preceptúa que "los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva", no es menos cierto que el art. 51 ibidem establece que "en materia civil, aun entre comerciantes, los libros no tienen más fuerza que las anotaciones privadas". También el art. 1763 del C. Civil dispone que "los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los reconozca en la parte que le fuere desfavorable". De acuerdo con estos preceptos, los asientos anotados en la cuenta corriente de Laverde hacen fe contra la compañía demandante, pero esa fe es indivisible, de tal suerte que el demandado debe pasar tanto por lo favorable como por lo perjudicial de esas partidas. Sobre estas bases, importa observar en primer término que el asien-

to que habla de la "cancelación de su cuenta" se refiere solamente a la cantidad de $ 91.00 y no a todas las partidas de la cuenta corriente, de modo que esa "cancelación" no puede entenderse en este caso en el sentido de solución o pago de todos los préstamos de dinero anotados en la misma cuenta por el propio Laverde, sinó como un abono parcial de la expresada suma de $ 91.00. En segundo lugar la invocación por el demandado de uno de los asientos como prueba de sus pretensiones, conlleva la aceptación de las demás partidas que integran esa cuenta y la admisión de ser ciertos los préstamos de dinero que allí fueron anotados por el mismo demandado. Y como en realidad esa cuenta corriente, o en particular el asiento invocado por Laverde, no comprueba la cancelación o fenecimiento de tal cuenta por pago de todas las sumas prestadas, no puede concluirse que, por no acoger la tesis contraria, hubiera la sentencia incurrido en el error de valoración probatoria que en el tercer cargo se le imputa.

IV) — En el cuarto cargo se le atribuye a la sentencia la infracción indirecta de los mismos preceptos del C. Civil sobre la compensación y de otros del C. S. del Trabajo, a causa de un error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Según el recurso, la demanda inicial de esta litis se funda en que Laverde le prestó servicios eficaces al Consorcio demandante, en que devengó sueldos y prestaciones y en que obtuvo concesiones especiales de la misma compañía, tales como préstamos de dinero para vivienda. Laverde trabajó cinco años y cuatro meses al servicio de la empresa y, de acuerdo con los sueldos que tuvo, devengó un poco más de setenta mil pesos ($ 70.000.00) por concepto de salarios y prestaciones. Sucede, sin embargo, que, según el recurso, en este juicio no hay prueba de que la compañía demandante hubiera pagado a Laverde toda esa cantidad de dinero, pues sólo está comprobado el pago de una parte de la misma suma. De lo cual deduce el impugnante que el fallo incurrió en un error manifiesto de hecho al no apreciar las pruebas demostrativas de que el demandado tiene contra la sociedad un crédito por $ 44.400.00 por razón de sueldos y prestaciones, error que condujo a dicha sentencia a quebrantar varias normas sustanciales por no haber decretado la compensación respectiva y por condenar en cambio a Laverde a pagar una suma de dinero que él no adeuda. Las pruebas que el fallo omitió apreciar son la demanda inicial, la primera pregunta y la respuesta correspondiente de las posiciones absueltas por el demandado, la inspección ocular y el dictamen de los peritos, los comprobantes de caja y varios testimonios.

La demanda incoativa de este juicio se apoya en que la sociedad actora le dio en préstamo unos dineros al demandado Laverde y en que éste no ha cubierto las sumas prestadas. Con base en esos préstamos se pide la condena del mismo demandado a pagar la cantidad de $ 30.000.00, con sus intereses. El señor Laverde por su parte negó la existencia de la deuda que se le exige, pero ni al contestar la demanda ni en ninguna de las instancias afirmó ni alegó que la empresa demandante le debiera algo por concepto de sueldos o prestaciones no pagados. Sólo ahora en casación se ha venido a plantear y postular la existencia de un crédito del demandado contra el Consorcio por razón de sueldos y prestaciones no cubiertos, y se respalda esta pretensión en la carencia de prueba sobre el pago total de dichos sueldos y prestaciones. Pues bien: este punto constituye un medio nuevo en casación, desde luego que en ningún momento antes de ahora pretendió el demandado que la compañía le hubiera quedado a deber algo por concepto de sueldos y prestaciones. La existencia del supuesto crédito a favor de Laverde y a cargo del Consorcio, constituye una cuestión de hecho y no de derecho que por primera vez se suscita en casación y tiene todas las características de un clásico medio nuevo, esto es, de un asunto que no puede ser planteado ni discutido por vez primera en este recurso extraordinario. Y además no sobra recordar en relación con este mismo punto que el demandado Laverde suscribió y reconoció un comprobante en que declaró que la sociedad actora quedaba a paz y salvo con él por todo concepto.

V) — En el postrer cargo se acusa la sentencia de infringir directamente varias normas relativas al contrato de mutuo por haber condenado al señor Laverde a pagar unos intereses. El recurso sostiene que en el caso de este negocio no se demostró la calidad comercial de mutuo ni el pacto de intereses y que en consecuencia el demandado no podía ser condenado a pagar esos réditos.

El cargo carece por completo de fundamento. La sentencia condenó al demandado a pagar intereses legales desde la ejecutoria del mismo fallo, y lo hizo, no con respaldo en un supuesto pacto de intereses, sino con aplicación del ar-

tículo 1617 del C. Civil, que dispone que toda obligación de pagar una suma de dinero da lugar a la indemnización por la mora, es decir, al pago de intereses convencionales si ha habido pacto sobre ellos, o de intereses legales si no ha existido tal pacto. Como aquí no se demostró que se hubieran pactado intereses, la sentencia condenó a Laverde a pagar intereses legales por la mora en que pueda incurrir después de la ejecutoria del mismo fallo. No hubo, pues, aplicación indebida ni quebranto de las disposiciones del C. Civil que el recurso cita en su último 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 catorce de junio de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio ordinario del "Consorcio Antioqueño de Transportes, Limitada" contra Antonio Laverde Gómez y otro.

Sin costas porque no se causaron.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse. Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PERTENENCIA

Condiciones del cargo por error de hecho.—Técnica de casación.—Nulidad de la enajenación de bienes en litigio.—Sentido y alcance del artículo 1521 del C. Civil.—El permiso del Juez que conoce del litigio no se requiere para la inscripción de las decisiones que provengan del Organo Jurisdiccional.—En la acción de pertenencia la citación por edictos innominados no vincula al juicio a los presuntos interesados conocidos del demandante, quienes deben ser citados personalmente para que la sentencia que a favor de éste se dicte les sea oponible.

1.—Cuando en el ámbito de la causal primera de casación se plantea el quebranto indirecto de la ley sustancial, a causa de error de hecho en la apreciación de una prueba, es preciso que el impugnante demuestre este yerro en su objetividad misma, señalando singularmente la prueba que se dice mal estimada e indicando, según las hipotesis, qué medio supuso el sentenciador no existente en el juicio, o qué vio que no revelase su texto en el que existía, o cuál dejó de ver o de contemplar tal como éste se manifestaba con expresión inequivocamente decisiva para el resultado de la operación probatoria. Corre, así, a cargo del censor puntualizar cada uno de estos yerros y mostrar su evidencia, para que, entonces, quede al descubierto que la situación de hecho que imaginó el Tribunal, por obra de tamaños desaciertos en la estimación de las pruebas, no corresponde a la realidad que aquellas ciertamente demuestran.

Pero, cuando el juzgador contempla una prueba tal como ella se presenta y, haciendo uso de su poder discrecional de apreciación, saca de la misma una consecuencia que no repugna a su texto y, en tal virtud, tiene por demostrado un determinado hecho más bien que otro, entonces no puede decirse que haya incurrido en error de hecho trascendente en casación, porque el yerro de esta clase ha de ser evidente y esa evidencia no se da si el Tribunal pudo, sin violentar la lógica, deducir del contenido de la prueba la conclusión que él acoge. Entonces ha de respetarse su razonamiento, el que, bajo la presunción de acierto, se ampara en el marco de la autonomía que al fallador de instancia reconoce la ley y que, por lo tanto, no puede ser variado en el recurso extraordinario.

Y es también verdad averiguada la de que no se presume la ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento no chocan con lo que de las mismas pruebas resulta.

2.—En casación no es admisible el acusar a través del planteamiento global del problema probatorio.

3.—La norma del artículo 1521 del Código Civil, en cuanto determina la ilicitud de toda enajenación de bienes cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez que conoce en el litigio, se circunscribe a la órbita de los negocios jurídicos, esto es, a los actos dispositivos que provengan del demandado (arts. 43 Ley 57 de 1887 y 42 Ley 95 de 1890), pero no a las decisiones del órgano jurisdiccional que, por distintas vías, puedan recaer sobre esos bienes.

Al respecto puede verse lo expuesto por la Corte en casación de 23 de agosto de 1946, G. J. T. LXII, 2046/47, pág. 62).

4.—Cuando el artículo 6º de la Ley 120 de 1928 dispone que "En defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, el procedimiento será el que se detalla en los artículos siguientes" (arts. 7º a 11 que tratan del juicio por edictos), necesariamente predica que, habiendo terceros contra los cuales como "presupuestos interesados" se pueda alegar la prescripción y cuya existencia e identidad le sea imposible al actor en pertenencia ignorar, no le basta a éste acogerse al procedimiento impersonal erga omnes, sino que le es preciso enderezar nominatim su demanda contra esos terceros, que de no ser traídos de este modo al pleito quedarían por fuera de la relación jurídico-procesal. Con lo cual quiere la ley evitar que quien intente obtener la declaración de pertenencia recurra al sistema de los emplazamientos innominados, con olvido del principio de la lealtad pro-

cesal, contra terceros ciertos para el actor como interesados en hacerle frente a su pretensión.

Claro es que el demandante puede dirigir su acción "contra personas determinadas y a la vez contra todo interesado, pues aunque la ley no prevé el caso, lo justifican la economía procesal y el interés de una sentencia con efectos erga omnes", caso en el cual, es decir cuando se hace valer contra personas determinadas y contra todo interesado, se sigue "un juicio ordinario, siempre, haya o no oposición ulterior, por dirigirse contra aquéllas (artículo 4º), y con la intervención includible del Ministerio Público y los emplazamientos ordenados en los artículos 7º y 8º, por dirigirse también contra los terceros en general (artículo 7º inc. 1º)" —LXXXII, 2159, pág. 513.—

Entonces, cuando habiendo "personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción", se ha omitido la citación individual de tales personas al juicio, ocurrirá que la sentencia que en éste recaiga en favor del actor no tendrá contra ellas eficacia alguna. Es la consecuencia necesaria de la relatividad de la cosa juzgada (arts. 17 C. civ.; 473 y 474 C. J.), relatividad que se impone desde el momento en que el emplazamiento erga omnes careció de poder para vincular al juicio a esos presuntos interesados, ciertos para el demandante y preteridos por éste en la formulación de la demanda.

Determinar si una persona dada era para el demandante un interesado cierto en hacerle frente a la acción de pertenencia, es una cuestión de hecho cuya prueba tendrá que encontrarse en los autos del proceso. Así que si los hechos establecidos muestran que el pretenso prescribiente está en situación incompatible con la ignorancia acerca de la certeza y denominación individual de la persona que tendría interés en oponerse legítimamente a su pretensión —interés palpable en cuanto el reconocimiento de la usucapión a favor del demandante fuese contrario a la situación jurídica de aquella—, mal podría emplearse el simple medio del juicio especial que el artículo 6º de la Ley 120 previene "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados", sino que es preciso recurrir a la vía ordinaria que contempla el artículo 6º ibidem, con citación de esos conocidos o presupuestos interesados, sin perjuicio, como ya se dijo, de que el demandante pueda también dirigir su acción erga omnes, y en este caso con la intervención del Ministerio Público y el lleno de los emplazamientos respectivos, todo como lo ordenan los artículos 7º y siguientes de la misma ley.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 13 de diciembre de 1962, en el juicio ordinario seguido por María Carlina Bejarano frente a Delhuyar y Laura Bejarano.

— I —

EL LITIGIO

Mediante libelo de fecha 15 de julio de 1960, María Carlina Bejarano demandó, ante el Juez Civil del Circuito de Palmira, a Delhuyar y Laura Bejarano, en impetración de sentencia en que se decidiera lo siguiente:

Que la actora llenó las exigencias legales para ser tenida, a mérito de prescripción adquisitiva del dominio, como dueña del inmueble consistente en una casa con el terreno en que está edificada, situada en la ciudad de Palmira, en la actual calle 22, marcada con el número 30-42 y comprendida por los linderos que la demanda expresa;

que los demandados deben restituírle a la peticionaria el inmueble en referencia;

que se les condene, como poseedores de mala fe, al pago de los frutos civiles y a los deterioros que, por su culpa, haya sufrido tal inmueble; y

que en el supuesto improbable de que la demandante tuviere que pagar mejoras, se decrete la compensación correspondiente entre éstas y los frutos civiles.

De los HECHOS que se relacionan como fundamentales de la acción, cabe hacer el siguiente resumen:

Que la actora venía poseyendo quieta, pública y tranquilamente, en un período continuo mucho mayor de veinte años, con anterioridad a mediados de 1958, en que fue despojada de esa posesión, la finca de que se trata, a la que hizo, por su cuenta y con dineros suyos, importantes mejoras, como construcción del alcantarillado, acondicionamiento de las instalaciones de agua y alumbrado, y hechura de algunas reformas en la construcción, y cuyo impuesto predial y cánones mensuales de los dos servicios últimamente referi-

dos pagó siempre la actora, quien era tenida en el vecindario y entre sus relacionados como dueña del mismo fundo;

que la misma María Carlina Bejarano "por varios años convivió en dicho inmueble con los demandados Delhuyar y Leonor (sic) Bejarano, sobrinos suyos y a quienes tenía como verdaderos hijos de crianza, habiéndolo atendido a su subsistencia y educación primaria, en forma solícita y como huérfanos que eran, y dedicando sus recursos económicos la demandante, como mujer dedicada al trabajo, al mejoramiento del inmueble y a la atención de sus sobrinos";

que a mediados del año de 1958, en que se suscitó una grave enemistad de Delhuyar para con la demandante, a causa de un denuncio criminal que ésta se vio en la necesidad de hacer por la sustracción de varios objetos de su propiedad, "mediante graves amenazas y agresiones de palabra y de obra, los hermanos Delhuyar y Leonor (sic) Bejarano privaron de la posesión material a la demandante Bejarano del inmueble ya mencionado, el que tuvo que abandonar dicha señora, intimidada por la clara actitud de violencia de sus sobrinos, después de más de veinte años de estar en posesión pacífica y continua de dicho inmueble";

que así las cosas, la demandante ha sido sorprendida al tener conocimiento de que por sus sobrinos se quiere obtener de la justicia un título que legalice el despojo por ellos consumado respecto del inmueble que ahora pretenden prescribir, y del cual éstos se hallan, de mala fe, en posesión material.

En DERECHO sustancial, invoca el libelo los artículos 946, 762 y 2512 del Código Civil, y cita, además, las leyes 120 de 1928 y 50 de 1936.

En su contestación, los demandados negaron la mayor parte de los hechos referidos; afirmaron que "han obtenido la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio, porque demostraron ampliamente dentro del respectivo juicio su derecho a usucapir", juicio dentro del cual se hizo por edicto el emplazamiento de quienes pudieran o quisieran oponerse, sin que María Carlina Bejarano se hiciese presente, y ser cierto que los mismos demandados "son poseedores materiales desde hace más de veinte años, como se ha declarado por juez competente en sentencia definitiva". En conclusión manifestaron oponerse a las pretensiones de la actora, y dijeron proponer las excepciones de prescripción, cosa juzgada, inepta demanda, carencia de acción y petición de un modo indebido.

Luego de producirse pruebas de una y otra parte, la primera instancia recibió fallo por el cual, desechándose las excepciones de la oposición, se acogieron las súplicas de la demanda, salvo en cuanto se guardó silencio sobre mala fe de los demandados y respecto de la solicitud de compensación entre valor de mejoras y valor de frutos civiles.

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, abrió el segundo grado de la litis, a que recayó la sentencia del Tribunal de Cali, de 13 de diciembre de 1962, por la cual se confirmó la del inferior. Y deducido por la misma parte, contra este segundo pronunciamiento, el recurso de casación, ha llegado el momento de que la Corte lo resuelva, como se hace en este acto.

— II —

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los razonamientos del sentenciador son en lo sustancial los siguientes:

Que quien haya poseído una cosa "con ánimo de señor y dueño, durante veinte años, la ha adquirido por prescripción extraordinaria, es decir, que tal posesión se equipara al título" y que fue alegando esta situación como la actora "plantó la acción declarativa de dominio en el punto primero de la parte petitoria de su demanda";

que con el conjunto de probanzas contempladas por el Tribunal, tales como las declaraciones de Julio Zapata, José Manuel Bravo Ortiz, Héctor Escobar A., María Emperatriz López y Ana de Jesús Antía de Martínez, algunas de las respuestas dadas por los demandados Delhuyar y Laura Bejarano en absolución de posiciones y la diligencia de inspección ocular practicada en el inmueble, "aparece plenamente demostrado que la señora Carlina Bejarano ocupó materialmente, como señora y dueña, durante más de veinte años con anterioridad al año de 1958, el inmueble materia de la litis. En efecto, el grupo de testigos, integrado por personas serias y responsables, mayores de cincuenta años, vecinas de Palmira y residentes en el mismo barrio donde está ubicado el inmueble materia del litigio, han declarado, en forma sencilla y firme, que durante más de veinte años han conocido a la señora Carlina Bejarano, como poseedora mate-

rial del mismo y ejercitando actos de señora y dueña. Igualmente han declarado los expresados testigos que la posesión material del inmueble por parte de la señora Carlina Bejarano, duró hasta mediados del año de 1958, en que fue despojada por sus sobrinos Delhuyar y Laura Bejarano. Y en la diligencia de inspección ocular se estableció que en una de las piezas del inmueble susodicho, aun existían objetos pertenecientes a la señora Carlina Bejarano.

"Dedúcese de lo expuesto que la posesión material del inmueble, en forma pacífica, tranquila y ejecutando actos de dominio, por más de veinte años con anterioridad al año de 1958, por parte de la señora Carlina Bejarano, reúne las exigencias legales para ser tenida como dueña de tal inmueble, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio";

que, si bien en el juicio especial sobre declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio, seguido por Delhuyar y Laura Bejarano, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Palmira, se dictó el 17 de septiembre de 1960 sentencia favorable a éstos, con todo resulta que ese proveído fue registrado el 21 de noviembre de 1960, cuando ya había sido inscrita, con fecha 3 de agosto de 1960, la demanda civil instaurada por Carlina Bejarano contra los dichos Delhuyar y Laura Bejarano. Es decir que el registro de la sentencia dictada en favor de éstos en el juicio sobre declaración de pertenencia, "quedó afectado de nulidad absoluta, y carece de la aptitud jurídica suficiente para ser opuesto a la presente acción".

Por lo demás, como el sentenciador encontrase que, con la contestación de la demanda, la diligencia de inspección ocular y las declaraciones de testigos, quedaron plenamente establecidas la posesión material de los demandados sobre el inmueble objeto de la acción y la identidad del mismo, dedujo que "están integrados los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria".

Por último, desechó todas las excepciones de los demandados, así: las de prescripción y cosa juzgada, con apoyo en el ya deducido argumento de serle inoponible a la actora del presente juicio la sentencia dictada en el de declaración de pertenencia seguido por los demandados, por no haber sido inscrita en forma legal y, entonces, no poder ser aceptada como prueba; y las de inepta demanda, carencia de acción y petición de modo indebido, por observar que tales excepciones no fueron demostradas en forma alguna.

— III —

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Tres cargos propone el recurrente en el campo de la causal primera de casación, de los cuales los dos últimos por versar sobre un mismo argumento se estudiarán en conjunto.

PRIMER CARGO.—Formulado por "aplicación indebida de los artículos 946, 950, 951, 961 y 964 del Código Civil, a causa de "error evidente en la apreciación de las pruebas", se intenta su planteamiento en la siguiente forma:

Que "fueron mal apreciadas las tres clases de pruebas que cita la sentencia: los cinco testimonios, las respuestas de los demandados a las posiciones que se les pidieron en juicio y la constancia de la inspección judicial. Se dejaron de estudiar tres pruebas más que no menciona el fallo: Confesión de la actora en la redacción de la demanda al relatar los hechos, en el cuestionario para los testigos extra-juicio y en la formulación de las preguntas en las posiciones.

"Los testigos, todos ellos, — por eso está de más nombrarlos nuevamente aquí— afirman que la señora Carlina Bejarano ha vivido de varios años atrás de 1939 y hasta mediados de 1958 en la casa materia del juicio en compañía de sus sobrinos Laura y Delhuyar Bejarano. Particularmente el señor Escobar recuerda que esa casa era del abuelo materno de los demandados, padre de la actora y de la madre de ellos; muerto él, allí habitaron los varios hermanos Bejaranos, en últimas la señora Carlina y la madre de Laura y Delhuyar, hasta la muerte de ésta, a partir de la cual los menores sobrinos de doña Carlina siguieron allí, al cuidado y bajo la atención de su tía.

"La demanda en sus hechos, el interrogatorio a los testigos y el cuestionario de posiciones, particularmente en la pregunta primera, concuerdan en este relato: La señora Carlina Bejarano ha vivido con sus sobrinos demandados en la casa que reclama desde el nacimiento de estos hasta 1958, cuando fue desalojada por ellos.

"En la inspección ocular, al tiempo que se comprobó la posesión actual de los reos, se estableció que ellos han habitado el inmueble desde su nacimiento y que su tía estuvo viendo por ellos hasta 1958, cuando se retiró, habiendo dejado objetos de su uso personal en uno de los cuartos de la casa.

"El error consistió en no haber tenido en cuenta que la señora Carlina no vivió sola en el inmueble y, por lo mismo, no lo poseyó exclusivamente. El Tribunal no tomó nota de que los demandados nacieron en la casa solicitada por su tía y no la han abandonado desde entonces. Las pruebas no dicen solamente que la actora disfrutó del inmueble, sino que complementan ese hecho con el goce por parte de los demandados, primero simultáneamente con aquella y luego solos. En todo momento se pone de relieve que la señora Carlina no ha sido la única en poseer el bien, pues siempre estuvo acompañada de sus sobrinos, con quienes convivió y con quienes compartió los actos posesorios.

"Hay equivocación en el tratamiento de las pruebas citadas en la sentencia, porque no se inmutó su dicho íntegro, con lo cual se las desfigura y se tergiversan los hechos. Hubo yerro además el haber omitido la consideración de otros medios que arrojan el mismo resultado y lo refuerzan. El error estuvo en perder de vista que los tres Bejaranos, la tía actora y los dos sobrinos demandados, vivieron en la misma casa durante todo el tiempo que se invoca en la demanda, sin que la actora pueda excluir a los demandados y hacerse pasar por poseedora única, simplemente porque su edad superior a la de sus sobrinos la señalaba más a la vista del público, o confundiendo lo que el respeto ordinario a la señora de la casa con la propiedad por parte de ella con abstracción de otros moradores (sic).

"El error es evidente porque corta la situación completa que las probanzas plantean y la cambia del todo. En cada pieza de la actuación está visible la posesión conjunta del inmueble por demandante y demandados, ese es el supuesto del juicio, en ese punto todos coinciden. Es un hecho innegable y no susceptible de omisión u olvido. Su abstracción se traduce en concluir que doña Carlina por poseedora exclusiva de la casa es dueña exclusiva suya, siendo así que los demandados la acompañaron y, así como compartieron el disfrute del bien han de compartir las consecuencias de su presencia en él, son, cuando menos, copropietarios.

"Por el planteamiento de la demanda, la acción se funda en dominio ganado por prescripción extraordinaria. No puede prosperar sino a condición de demostrar el dominio total así adquirido, y esa prueba no se logró, ya que la señora Carlina no pudo demostrar su ejercicio exclusivo del derecho y cada vez reafirmó la comunidad con sus sobrinos.

"Es frase del Tribunal: 'la demandante adquirió para sí el inmueble por usucapión'. Esa conclusión riñe con lo que el expediente manifiesta. La actora poseyó junto con los demandados y no puede ganar para sí sola lo que es fruto del comportamiento de todos. Carece ella sola de acción; su demanda es inepta. Pidió para sí nada más, cuando es apenas parte de una comunidad cuyos miembros restantes, que son precisamente los demandados, no tienen por qué quedar por fuera de una titularidad que contribuyeron a formar.

"La acción de dominio se debe ejercer por el dueño sobre aquello de que es titular. La demandante no demostró propiedad única, luego cual puede cobrarlo todo para sí con exclusión de quienes comparten con ella el derecho y que por su situación procesal, son precisamente las víctimas de la exageración del pedido. Si la posesión es tripartita, uno solo de los poseedores está inhibido para reclamar el total en contra de los restantes.

"Todo esto significa que fueron mal empleados los preceptos que gobiernan la reivindicación; se aplicaron en favor de sujeto que no acreditó contar con derecho que ampare sus pretensiones; se aplicaron en beneficio de quien pidió defectuosamente y en exceso. Violación indirecta, pues arranca de vicios en la apreciación probatoria, base para casación que habrá de traducirse en revocación de lo decidido por el Juez y en absolución de los demandados".

LA CORTE CONSIDERA:

Cuando en el ámbito de la causal primera de casación se plantea el quebranto indirecto de la ley sustancial, a causa de error de hecho en la apreciación de una prueba, es preciso que el impugnante demuestre este yerro en su objetividad misma, señalando singularmente la prueba que se dice mal estimada o indicando, según las hipótesis, qué medio supuso el sentenciador no existente en el juicio, o qué vio que no revelase su texto en el que existía, o cuál dejó de ver o de contemplar tal como éste se manifestaba con expresión inequívocamente decisiva para el resultado de la operación probatoria. Corre, así, a cargo del censor puntualizar cada uno de estos yerros y mostrar su evidencia, para que, entonces, quede al descubierto que la situación de hecho que imaginó el Tribunal, por obra de tamaños desaciertos en la estimación de las pruebas, no corresponde a la realidad que ellas ciertamente demuestran.

Pero, cuando el juzgador contempla una prueba tal como ella se presenta y, haciendo uso de su poder discrecional de apreciación, saca de la misma una consecuencia que no repugna a su texto y, en tal virtud, tiene por demostrado un determinado hecho más bien que otro, entonces no puede decirse que haya incurrido en error de hecho trascendente en casación, porque el yerro de esta clase ha de ser evidente y esa evidencia no se da si el Tribunal pudo, sin violentar la lógica, deducir del contenido de la prueba la conclusión que él acoge. Entonces ha de respetarse su razonamiento, el que, bajo la presunción de acierto, se ampara en el marco de la autonomía que al fallador de instancia reconoce la ley y que, por lo tanto, no puede ser variado en el recurso extraordinario.

Y es también verdad averiguada la de que no se presume la ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento no chocan con lo que de las mismas pruebas resulta.

Aplicando todas estas nociones al estudio del cargo, vése que éste no satisface las exigencias que debiera. Porque el recurso se limita a afirmar que fueron mal apreciadas las pruebas que la sentencia cita (cinco testimonios, respuestas de los demandados a unas posiciones y constancia de la inspección ocular); y que se dejaron de estudiar otras pruebas que no menciona el fallo (confesión de la actora en la relación de los hechos de la demanda, en el cuestionario para los testigos extrajuicio y en la formulación de las preguntas en las posiciones). Y estas imputaciones las hace la censura, con el fin de sostener que el juzgador incurrió en el error de "perder de vista" que los tres Bejaranos, la tía actora y los dos sobrinos demandados, vivieron en la misma casa durante todo el tiempo que se invoca en la demanda", lo que lo llevó a suponer que "la demandante adquirió para sí el inmueble por usucapión", siendo así que como resulta del expediente cual lo entiende el impugnante, "la actora poseyó junto con los demandados y no puede ganar para sí sola lo que es fruto del comportamiento de todos".

Pero, fuera de que el cargo apenas constituye, sobre la base de las meras afirmaciones ya anotadas, una crítica de carácter general, no llamada a prosperidad, desde luego que en casación no es admisible el acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, resulta que la sentencia no justifica los reparos que en este capítulo le hace el impugnante, quien no demuestra, ni que el sentenciador hubiera contemplado las pruebas de modo distinto a como objetivamente obran en el proceso, ni que hubiera dejado de ver la confesión que el impugnante no precisa y que dice hecha por la actora en las piezas aludidas al respecto.

Mas, sea de todo esto lo que fuere, es lo cierto que el Tribunal sí vio que los demandados habían vivido con la demandante, hasta el momento en que ésta presionada por ellos, fue desalojada del inmueble: lo vio, al transcribir literalmente la demanda, en cuyo punto quinto se dice que la actora "por varios años convivió en dicho inmueble con los demandados Delhuyar y Leonor (sic) Bejarano, sobrinos suyos y a quienes tenía como verdaderos hijos de crianza, habiendo atendido a su subsistencia y educación primaria, en forma solícita y como huérfanos que eran, y dedicando sus recursos económicos la demandante, como mujer dedicada al trabajo, al mejoramiento del inmueble y a la atención de sus sobrinos", posesión que tuvo, según las voces narrativas de los hechos sexto y séptimo, hasta mediados del año de 1958, en que hubo de abandonar el inmueble, intimidada por la clara actitud de violencia de sus sobrinos. Lo vio, al analizar los fundamentos de la petición de dominio hecha por la demandante, análisis que el sentenciador inicia así: "Fundamentó tal petición en los hechos de la demandada, en que afirma que la señora María Carlina Bejarano había venido poseyendo, en forma quieta, pública y tranquila, en un lapso mayor de veinte años, con anterioridad al año de 1958 el inmueble materia del juicio; que había ejecutado actos de dominio tales como hacer al inmueble importantes mejoras, construcción de alcantarillado, instalaciones de luz y agua; que siempre había sido tenida por el vecindario como dueña del inmueble, hasta mediados del año de 1958, en que fue despojada por sus sobrinos Delhuyar y Laura Bejarano, a quienes había criado y atendido en forma solícita, por su condición de huérfanos" (f.21v, c.4). A continuación de lo cual agrega: "Para comprobar los hechos, adujo las declaraciones de los señores Julio Zapata, José Manuel Bravo Ortiz, Héctor Escobar A., María Emperatriz López y Ana de Jesús Antía de Martínez, personas mayores de cincuenta años, vecinas de Palmira, quienes se ratificaron en el término probatorio en las declaraciones que habían rendido extrajuicio, y contestaron el cuestionario propuesto por el apoderado de los demandados". Lo vio en la absolución de posiciones de Laura y Delhuyar Bejarano, de cuyas res-

puestas reproduce precisamente aquellas relacionadas con el retiro de María Carlina Bejarano del inmueble, habiendo Delhuyar confesado lo siguiente, en relación con el juicio de pertenencia promovido por Laura y él: "Es cierto que el juicio fue iniciado con posterioridad a la ida de mi tía del inmueble". Y finalmente, el sentenciador concretó su convicción al respecto, en el pasaje destinado a sentar la conclusión por él deducida del conjunto de las probanzas, pasaje transcrito arriba y en el que se remite a las declaraciones de los testigos, según los cuales "la posesión material del inmueble por parte de la señora Carlina Bejarano, duró hasta mediados del año de 1958, en que fue despojada por sus sobrinos Delhuyar y Laura Bejarano".

El sentido del fallo indica, pues, que el sentenciador no atribuyó al hecho de la convivencia de Laura y Delhuyar Bejarano, al lado de su tía la demandante, significado alguno posesorio en pro de los demandados, a quienes, según los testigos a a que el juzgador alude, la señora Carlina Bejarano "ayudó a criar en la citada casa de habitación y a quienes siempre trató como miembros de familia bajo su dependencia" (fs. 2 a 6 c. 1 y fs. 4v. a 6 y 12v. a 15v. c.2). Vale decir que, para el Tribunal, ello no pudo tener otro alcance que el de una cohabitación otorgada o permitida por la actora a sus sobrinos, a modo de una suministración alimentaria, inspirada por el natural afecto de su cercana vinculación de consanguinidad, pero sin constituir a los dos últimos en coposeedores del fundo frente a la demandante, en cabeza de la cual encontró el sentenciador acreditada la posesión material del bien a base de "actos de señora y dueña", "durante más de veinte años con anterioridad al año de 1958". Y como esta conclusión, así obtenida del acervo probatorio, no pesa contra el sentido común, pudiendo deducirse de lo que las pruebas rezan, no se encuentra que, en la interpretación de las mismas, el sentenciador haya incurrido de manera evidente en el error de hecho que la censura le imputa.

Por lo tanto, se desecha el cargo.

SEGUNDO CARGO.—Propuesto por "interpretación errónea del artículo 1521 C. C.; aplicación indebida del artículo 1740 ibid.; defecto de aplicación de los artículos 343 y 473 C. P. C., 2534 C. C. y del 7º de la Ley 51 de 1943; y "ulterior aplicación indebida de los artículos 946, 950, 951, 961 y 964 del C. C.", lo desenvuelve el recurrente así:

Que, para sostener que la sentencia pronunciada a favor del Delhuyar y Laura Bejarano en el proceso seguido por éstos, *erga omnes*, sobre declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva, es inoponible a la actora del presente juicio, por ser nulo el registro de aquella sentencia en cuanto se efectuó con posterioridad a la demanda incoativa de esta reivindicación, el Tribunal se funda en el sobredicho artículo 1521 C. Civ., que determina la ilicitud y, en consecuencia, la nulidad absoluta de toda enajenación de bienes cuya propiedad se litiga. Pero que el campo de esta norma es el de los negocios jurídicos, esto es el de los actos dispositivos que otorgue el demandado sobre el bien discutido.

La sentencia que declara el derecho de dominio, por constituir título (758 C. Civ.), debe ser registrada. No así un acto de disposición del propietario inscrito, cuando se ha registrado contra éste una demanda que impide la enajenación. Incurrió el Tribunal en grave confusión de dos nociones: La de título como justificación del derecho, y la de título como prueba de éste. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas (2512 ibid.). El registro de la demanda impide la enajenación (título y modo) de los bienes a que se refiere el litigio, por parte del demandado. Mas la sentencia declarativa de prescripción no es un acto de enajenación del favorecido con ella. Así, pues, cuando el tribunal se apoya en el artículo 1521 para afirmar que es ilícito, y, por tanto, nulo el registro de la sentencia en el juicio de prescripción, por ser posterior al registro de la demanda en el reivindicatorio, interpreta tal precepto en forma equivocada y lo aplica a una situación ajena a su órbita.

Por su lado, el artículo 1740 ibid. estatuye la nulidad de los negocios jurídicos, por causales precisamente establecidas. Mas, las sentencias no son negocios jurídicos, como tampoco lo son sus inscripciones en el Registro de Instrumentos. Las decisiones judiciales que afectan la titularidad del dominio de inmuebles han de registrarse necesariamente en cumplimiento de un requisito de plenitud y publicidad de la actuación. No se trata de un acto dispositivo de un particular susceptible de validez o invalidez, de pronunciamiento de nulidad en el sentido del art. 1740. La sentencia y su registro no son comercio de bienes. De ahí por qué se aplicó indebidamente la disposición sobre nulidades.

Por lo mismo, no se aceptaron las excepciones de prescripción adquisitiva del dominio y cosa

juzgada, fundadas ambas en la referida sentencia. Así, se dejaron de aplicar los arts. 343 y 473 C. J., el primero en punto de excepciones y el segundo en cuanto a la cosa juzgada, de recibo aquí por el alcance universal de las decisiones en procesos de pertenencia, consagrado en los arts. 2º de la Ley 120 de 1928, 2534 del C. Civ. y 7º de la Ley 51 de 1943, normas que el tribunal dejó de aplicar aquí.

En el caso, la sentencia de prescripción, que vale contra terceros mediante competente inscripción, se registró en forma regular, siendo esgrimible contra la actora del presente juicio, quien sufre sus consecuencias. Mas, como el tribunal no lo aceptó así, y otorgó las súplicas impetradas en éste por María Carlina Bejarano, contra lo fallado en el de pertenencia, aplicó indebidamente las reglas sobre acción de dominio.

TERCER CARGO.—Formulado como complementario del anterior, por "Error de derecho en la apreciación de la prueba; defecto de aplicación de los arts. 473 C. J., 2534 C. C., 2º de la Ley 120 de 1928, 758 C. C.; aplicación indebida de los arts. 946 a 964 del C. C.", se hace consistir en que el tribunal, al sostener que el fallo a favor de Delhuyar y Laura Bejarano en el susodicho juicio de pertenencia no puede ser aceptado aquí como prueba, por no haber sido inscrito en forma legal, le niega el mérito que la ley le asigna, desde luego que fue registrado en el libro 1º de la correspondiente oficina y aducido en debida forma al actual debate.

Entonces, "se dejó de admitir una excepción propuesta y probada, se privó al fallo de prescripción de sus efectos propios ante terceros y de su valor como título de dominio y, por último, se condenó a quien probó propiedad, a restituir el bien al demandante, aplicando de tal suerte en forma indebida las reglas sobre reivindicación".

LA CORTE CONSIDERA:

Ciertamente, como lo sostiene el impugnador, erró el tribunal en la interpretación que hizo del artículo 1521 del Código Civil, porque esta norma, en cuanto determina la ilicitud de toda enajenación de bienes cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio, se circunscribe a la órbita de los negocios jurídicos, esto es, a los actos dispositivos que provengan del demandado (arts. 43 Ley 57 de 1887 y 42 Ley 95 de 1890), pero no a las decisiones del órgano jurisdiccional que, por distintas vías, puedan recaer sobre esos bienes.

Como lo dijo la Corte en sentencia de casación de 23 de agosto de 1946, refiriéndose a los artículos 1521 del C. Civ. y 43 de la Ley 57 de 1887, "Estos preceptos legales, como es obvio, se refieren a enajenaciones propiamente tales, esto es, a contratos o actos entre vivos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, como donación, venta, permuta, transacción, en que los efectos se determinan por la voluntad jurídica... No siempre que se produzcan desplazamientos patrimoniales de dominio puede hablarse jurídicamente de enajenaciones, como lo entiende el Tribunal sentenciador. Ni aun concediéndole a esa expresión el más amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia podrían calificarse como enajenación, para los efectos del artículo 1521 del C. C., las restituciones que las partes litigantes deben hacerse como consecuencia de un fallo judicial que declara la nulidad o la resolución de un contrato de venta, en las cuales no interviene como razón la voluntad personal, que es elemento esencial del acto jurídico. Jurídicamente no es posible establecer la analogía que pretende el Tribunal entre el contrato y la sentencia, porque mientras aquél es inobjetablemente el resultado del consentimiento, ésta es un acto jurisdiccional configurado por la ley en su naturaleza, autoridad y consecuencias, que finaliza una relación jurídico-procesal y vincula a los jueces por la fuerza de la cosa juzgada. Los efectos jurídicos que se desprenden del fallo que decide una acción constitutiva, tienen por título o antecedente la sentencia, en virtud de la soberanía judicial" (LXII, 2046/47, pág. 62).

Desacertó, pues, el tribunal, en punto de doctrina, al sostener que por virtud de la preceptiva del artículo 1521 del C. Civ. "*quedó afectado de nulidad absoluta*" el registro de la sentencia de 17 de septiembre de 1960, proferido a favor de Delhuyar y Laura Bejarano en el juicio de pertenencia seguido por éstos *erga omnes*, en cuanto tal registro se efectuó cuando estaba inscrita, desde el 3 de agosto inmediatamente anterior, la demanda de María Carlina Bejarano, incoativa de este juicio reivindicatorio, y en consecuencia desprovisto el dicho pronunciamiento "de la aptitud jurídica suficiente para ser opuesto a la presente acción".

No obstante lo cual, ese error jurídico no habrá de traducirse en la casación de la sentencia recurrida, porque si la Corte la infirmare, al proceder como juzgador de instancia a dictar el pronunciamiento de reemplazo, tendría que adoptar la misma decisión a que llegó el Tribunal,

no por el camino de la nulidad que éste dedujo con apoyo en el artículo 1521 citado, sino en razón de serle inoponible a María Carlina Bejarano el proveído dictado en el juicio de pertenencia *erga omnes*, a mérito de lo preceptuado por el artículo 6º de la Ley 120 de 1928.

Cuando este texto dispone que "En defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, el procedimiento será el que se detalla en los artículos siguientes" (7º a 11 que tratan del juicio por edictos), necesariamente predica que, habiendo terceros contra los cuales como "presupuestos interesados" se pueda alegar la prescripción y cuya existencia e identidad le sea imposible al actor en pertenencia ignorar, no le basta a éste acogerse al procedimiento impersonal *erga omnes*, sino que le es preciso enderezar *nominatim* su demanda contra esos terceros, que de no ser traídos de este modo al pleito quedarían por fuera de la relación jurídico-procesal. Con lo cual quiere la ley evitar que quien intente obtener la declaración de pertenencia recurra al sistema de los emplazamientos innominados, con olvido del principio de la lealtad procesal, contra terceros ciertos para el actor como interesados en hacerle frente a su pretensión.

Claro es que el demandante puede dirigir su acción "contra personas determinadas y a la vez contra todo interesado, pues aunque la ley no prevé el caso, lo justifican la economía procesal y el interés de una sentencia con efectos *erga omnes*", caso en el cual, es decir cuando se hace valer contra personas determinadas y contra todo interesado, se sigue "un juicio ordinario, siempre, haya o no oposición ulterior, por dirigirse contra aquéllas (artículo 4º), y con la intervención ineludible del Ministerio Público y los emplazamientos ordenados en los artículos 7º y 8º, por dirigirse también contra los terceros en general (artículo 7º inc. 1º)" —LXXXI, 2159, pág. 513.

Entonces, cuando habiendo "personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción", se ha omitido la citación individual de tales personas al juicio, ocurrirá que la sentencia que en éste recaiga en favor del actor no tendrá contra ellas eficacia alguna. Es la consecuencia necesaria de la relatividad de la cosa juzgada (arts. 17 C. Civ.; 473 y 474 C. J.), relatividad que se impone desde el momento en que el emplazamiento *erga omnes* careció de poder para vincular al juicio a esos presuntos interesados, ciertos para el demandante y preteridos por éste en la formulación de la demanda.

Determinar si una persona dada era para el demandante un interesado cierto en hacerle frente a la acción de pertenencia, es una cuestión de hecho cuya prueba tendrá que encontrarse en los autos del proceso. Así que si los hechos establecidos muestran que el pretenso prescribiente está en situación incompatible con la ignorancia acerca de la certeza y denominación individual de la persona que tendría interés en oponerse legítimamente a su pretensión —interés palpable en cuanto el reconocimiento de la usucapión a favor del demandante fuese contrario a la situación jurídica de aquélla—, mal podría emplearse el simple medio del juicio especial que el artículo 6º de la Ley 120 previene "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados", sino que es preciso recurrir a la vía ordinaria que contempla el artículo 4º ibidem, con citación de esos conocidos o presupuestos interesados, sin perjuicio, como ya se dijo, de que el demandante pueda también dirigir su acción *erga omnes*, y en este caso con la intervención del Ministerio Público y el lleno de los emplazamientos respectivos, todo como lo ordenan los artículos 7º y siguientes de la misma ley.

Ahora bien: en la especie del pleito, se ve patente que los demandados Delhuyar y Laura Bejarano no ignoraban ni podían ignorar la existencia e identidad de su tía María Carlina Bejarano, como interesada cierta en hacerle frente a la pretensión deducida por ellos en el juicio de pertenencia. Así resulta: de las ya aludidas declaraciones de testigos, según las cuales, de mediados de 1958 hacia atrás y durante más de veinte años, María Carlina Bejarano ejerció posesión sobre la casa del litigio, en donde ayudó a criar a sus sobrinos, los demandados, y a quienes siempre trató como miembros de familia bajo su dependencia; de la contestación a la demanda en sus hechos 6º y 8º, acerca de los cuales el mandatario de los demandados respondió: en cuanto al 6º, ser cierto que la actora dio un denuncio criminal, a mediados de 1958, por sustracción de varios objetos de su propiedad, ocurrida en el inmueble ya anotado, "Pero el objeto del denuncio fue despojar a Delhuyar y por consiguiente a Laura de la posesión del predio, porque la aspiración de la demandante ha sido siempre la de desposeer a los legítimos dueños, para posesionarse ella..."; y en cuanto al 8º, ser cierto que la actora denunció a los Bejaranos en vía criminal por despojo del inmueble, si bien el contestante agregó ser también

cierto que las autoridades no encontraron mérito para sancionar a Delhuyar; de la absolución de posiciones por éste y Laura, en que respondiendo a las preguntas tercera —sobre si la demandante Carlina Bejarano tuvo que retirarse del inmueble a mediados de 1958 por disgustos familiares con ellos—, y quinta —sobre si la misma actora conserva objetos de su propiedad en el inmueble, que tuvo que dejar cuando se retiró de éste—, dijeron: a la tercera, que Carlina Bejarano se retiró por su propia voluntad; y a la quinta, respondió Delhuyar: "Es cierto que cuando ella se fue de la casa, dejó algunos objetos de su pertenencia que aún están en una pieza de ese inmueble", y Laura: "Es cierto que cuando la señora Carlina Bejarano se retiró de la casa, dejó allí algunos objetos de su propiedad"; y, finalmente, de lo que en relación con la misma Laura reza la diligencia de inspección ocular surtida en la primera instancia, en donde aparece lo siguiente: que, "encontrándose presente la demandante Carlina Bejarano, manifiesta que en una pieza de la casa, cuya puerta está cerrada, existen algunos elementos de su uso personal, *circunstancia que confirma la misma Laura Bejarano expresando que en verdad dicha pieza estuvo ocupada por la señora Carlina Bejarano y que allí hay algunos objetos de su propiedad*"; y que, como luego se solicitase por el apoderado de ésta que "los señores peritos expresen si han observado vestigios que acrediten que parte de la propiedad inspeccionada ha sido derribada y, también, que manifiesten cuántas piezas de material de construcción —ladrillo y teja— han podido apreciar en esta diligencia y sobre los cuales ha dicho la demandante que le pertenecen'. Por estimarse procedente lo solicitado y *como en verdad la señora Carlina Bejarano ha expresado que el adobe y ladrillo que está a la vista del fuzgado, en ruinas, le pertenece y la demandada Laura Bejarano ha estado de acuerdo en esta afirmación*, se ordena que los señores peritos contesten las preguntas que se les someten a su consideración" (se subraya).

Por lo tanto, frente a María Carlina Bejarano, en modo alguno ignorada por Delhuyar y Laura Bejarano como persona cierta e interesada en cuyo perjuicio derivaba la acción de los dos últimos, debieron éstos dirigir su demanda de pertenencia contra la dicha María Carlina Bejarano, *nominativamente*; y como así no lo hicieron, se impone la conclusión ineludible de que la sentencia proferida en aquel proceso no puede oponérsele a la actora en el presente, mas no por el motivo que equivocadamente profesara el tribunal, sino como consecuencia de no haber ella sido parte en el primero, según lo establecido en las consideraciones que anteceden.

De todo lo cual resulta necesariamente la improcedencia de los cargos segundo y tercero del libelo acusatorio.

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 trece (13) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATOS

Su disolución.—Diferencias entre la resiliación y la resolución de un contrato.—En qué consiste el error de hecho.—Validez de la promesa del hecho ajeno.

1.—Como lo enseña el artículo 1602 del C. Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, de donde resulta que los contratos pueden extinguirse o quedar sin efecto de dos maneras distintas: por acuerdo de las partes, o por motivos previstos en la ley.

Si la voluntad de los interesados crea el contrato, esa misma voluntad puede dejarlo sin efectos. Concurriendo todos aquellos que intervinieron en la formación del acto jurídico, éste puede ser extinguido por mutuo acuerdo porque, por regla general, las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen.

Esta forma de disolución de los contratos constituye, según la doctrina, uno de los casos del fenómeno llamado resiliación, que consiste en el anonadamiento del convenio por el mutuo consenso de las partes. Cuando un contrato ha sido dejado sin efectos por este medio, se dice entonces que ha sido resiliado.

La otra forma de extinción de los contratos es por causas legales. Entre éstas se cuenta la resolución, que es el efecto que produce el evento de una condición *resolutoria*, cuando por uno de los contratantes no se cumple lo pactado.

En la resolución se anonada el contrato no ya por voluntad de las partes, como en la resiliación, sino por un motivo legal; la resiliación y la resolución se diferencian, pues, en cuanto a sus causas, que son distintas para uno y otro caso.

2.—De manera insistente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte que el error de hecho consiste en pasar por alto una prueba decisiva, como si no se hubiese aducido, no obstante figurar materialmente en el proceso; o en suponer una que no existe; o en estimar la que existe en un sentido contrario a la evidencia que ella ostenta, dándole una significación manifiestamente opuesta al contenido de la prueba, considerada en sí misma.

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en este juicio, en relación con la sentencia de 27 de octubre de 1964, proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio.

— 1 —

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de julio de 1962, Juan de la Cruz Reyes Rangel y José Joaquín Londoño Arias, firmaron en Acacías un contrato sobre promesa de permuta de la finca rural denominada "Corinto", en jurisdicción de Castilla la Nueva, Departamento del Meta, de propiedad del primero, por una casa de habitación, de propiedad del segundo, situada en Bogotá, en el barrio Veinte de Julio, carrera 5ª Nº 29-08 Sur. Ambos inmuebles aparecen determinados por linderos especiales y cada uno de ellos fue apreciado en la suma de cincuenta y cinco mil pesos ($ 55.000.00) en la negociación.

Son cláusulas principales del contrato las siguientes:

"Undécimo.—Los permutantes, celebran la presente permuta en forma espontánea y a pleno conocimiento de lo permutado recíprocamente y se celebra la entrega así: el permutante Reyes, ha hecho entrega de la posesión de la finca o posesión agrícola, con sus mejoras antes dichas y bienes al permutante Londoño, y éste se ha recibido y posesionado y el permutante Londoño a su vez, le ha hecho entrega al permutante Reyes de la casa antes descrita, lote de terreno co-

rrespondiente y mejoras, con la condición de que en la actualidad tan sólo puede hacer uso de un apartamento de dicha casa y que dentro del término de sesenta días, le hace entrega total de dicha casa por sufrir en la actualidad un arrendamiento, cuyo arrendamiento a partir de la fecha le queda a beneficio de Reyes y éste se recibe así con la condición expresa de la entrega total dentro de sesenta días.

"Duodécimo.—Los permutantes, de común acuerdo, han fijado como cláusula o multa, la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), suma ésta que pagará la parte permutante que infrinja en todo o en parte el presente contrato...

"Décimotercero.—Los permutantes se comprometen a elevar esta permuta respectivamente a escritura pública en la Notaría de Acacías, dentro de tres meses a partir de la fecha del presente documento y la escritura que haga el permutante Reyes, es indispensable con el beneficio y título de adjudicación que se halla en proceso y en caso de que dicha adjudicación no salga en este plazo, se prorroga hasta su entrega siempre y cuando de que el permutante Reyes, ejecute y active tal solicitud de adjudicación.

"Décimocuarto.—Los permutantes quedan obligados y responsables a que la escritura que cada cual otorgue, la firma la respectiva esposa junto con el permutante, requisito indispensable para la legal titulación".

— II —

EL LITIGIO

Posteriormente, Juan de la Cruz Reyes Rangel, mediante apoderado, citó a juicio a José Joaquín Londoño para que se declare resuelto el contrato celebrado el 21 de julio de 1962 y, como consecuencia, se condene al demandado Londoño a restituir al actor la finca de "Corinto", con sus mejoras, y los frutos naturales y civiles, o su valor, que haya producido o podido producir la mencionada finca, desde el día de la entrega hasta cuando se efectúe la restitución; y a pagar el valor de los perjuicios estimados en la cláusula duodécima del contrato en $ 10.000.00.

Como petición primera subsidiaria solicitó la resiliación del referido contrato, con las mismas consecuencias de la resolución; y como petición segunda subsidiaria la nulidad del mismo contrato, con idénticas consecuencias.

Como fundamento de la acción resolutoria el demandante afirma que el demandado no le hizo entrega de la casa y lote especificados en la promesa de permuta, dentro del plazo de sesenta días fijado para la total entrega del inmueble; y como apoyo de las peticiones subsidiarias dice el actor: que de acuerdo con la cláusula décimotercera del contrato, los permutantes se obligaron a otorgar la correspondiente escritura pública el 21 de octubre de 1962 para el permutante Londoño, y "prorrogando dicho plazo para mi mandante hasta cuando se le adjudique el globo de terreno denominado 'Corinto'; que por esa razón la promesa contiene una condición indeterminada, sin que fije la época para celebrar el contrato prometido, careciendo, por tanto, de uno de los requisitos para su validez; que las partes se obligaron a que la escritura que cada cual debía otorgar, fuese firmada por la respectiva esposa; "pero este concurso de voluntades de las esposas no consta expresamente por escrito; como las respectivas esposas no firman (sic) ni nada expresan en el documento, que contiene la promesa de permuta, es por ello ineficaz, para que la promesa sea válida debe ser firmada por todos los contratantes"; y que el incumplimiento mutuo de las estipulaciones del contrato bilateral, debe entenderse como un desistimiento; que es evidente la ninguna voluntad de perseverar en el contrato por parte del demandado, quien no otorgó la correspondiente escritura en el plazo acordado y que el actor ningún interés tiene en requerirlo al efecto.

El demandado se opuso a las pretensiones de su contraparte, y reconvino al actor a efecto de que se declare válido el contrato de promesa de permuta celebrado entre ellos; se declare igualmente que el contrademandado está obligado a cumplir con todas las obligaciones que emanan de la promesa de permuta; y que, en consecuencia, está obligado a suscribir, dentro del término que el Juzgado le señala, la correspondiente escritura pública por la cual transfiera el dominio de la finca "Corinto", por sus linderos, y a su vez reciba la transferencia del dominio, por parte del demandado, de la casa de Bogotá, conforme a las determinaciones especificadas en el contrato.

En la reconvención se pide, subsidiariamente, que se declare resuelto el contrato, con indemnización de perjuicios.

Se funda la mutua petición en que los contratantes se hicieron entrega recíproca de los inmuebles, en la forma y condiciones expresadas en el contrato de promesa de permuta; que se obligaron a otorgarse escrituras en los términos estipulados; que el demandado está listo a sus-

cribir la que le corresponde, en asocio de su esposa; y que el demandante reconvenido se ha arrepentido, sin razón ninguna, y se niega a firmar la escritura respectiva.

Agotado el trámite de la primera instancia, el Juez Promiscuo del Circuito de Acacías absolvió al demandado Londoño de todos los cargos formulados en el libelo inicial; declaró que el contrato celebrado entre los litigantes el 21 de julio de 1962, era legal y por consiguiente válido; como consecuencia, condenó al contrademandado Reyes Rangel a que dentro de treinta días, contados a partir de la ejecutoria del fallo, otorgase la correspondiente escritura de la finca "Corinto" al contrademandante Londoño Arias, y recibiera de éste, dentro del mismo término, la escritura de la casa de Bogotá, barrio Veinte de Julio, todo de conformidad con lo estipulado en el contrato de promesa de permuta.

El demandante contrademandado apeló. El Tribunal Superior de Villavicencio, por sentencia de 27 de octubre de 1964, revocó el fallo del Juzgado y en su lugar decidió lo siguiente:

"1º—Declárase resuelto el contrato de promesa de permuta, sin especial indemnización de perjuicios, celebrado entre Juan de la Cruz Reyes y Joaquín Londoño Arias, recogido en el documento privado visible a los folios 2 a 4 del cuaderno Nº 1;

"2º—En consecuencia, se ordena al demandado restituir al demandante la finca "Corinto". Y a éste, a restituir a aquél, la casa situada en la carrera 5ª Nos. 29-02 S. 29-08 S. de Bogotá, inmuebles identificados en el aludido documento: "Las restituciones deberán hacerse seis (6) días después de la ejecutoria de obedecimiento a lo dispuesto en este fallo. Y se reconoce a las partes recíproco derecho de retención;

"3º—Negar las demás súplicas de la demanda;

"4º—Sin costas en ninguna de las instancias".

Contra el fallo del Tribunal la parte demandada interpuso el recurso de casación que es ahora materia de estudio por la Corte.

— III —

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Después de relacionar las peticiones de la demanda principal, dice el fallo acusado: "Bien puede apreciarse que las peticiones principales y las subsidiarias no difieren entre sí; para los efectos que se persiguen, según el libelo, importa lo mismo que se acoja la petición principal o cualesquiera de las subsidiarias, como que con una u otra se llega al mismo terreno. Dados los términos de la demanda, da lo mismo que se decrete la resolución, la rescisión (sic) o la nulidad, es cuestión de palabras".

Después de plantear los hechos en que se funda la demanda principal y de referirse a la de reconvención, relaciona el Tribunal los elementos probatorios aducidos por una y otra parte, para entrar luego en el estudio de la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil. Expresa que esta acción, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1609 de la misma obra, está consagrada únicamente en favor del contratante que ha cumplido o ha estado pronto a cumplir, en la forma y tiempo debidos, las obligaciones que el contrato le impone; que, en consecuencia, el contratante incumplido no tiene derecho para demandar la resolución; y que si ambas partes son negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, el contrato no puede ser resuelto a pedimento de ninguna de ellas, hasta tanto uno de los contratantes, cumpliendo lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual.

Cita una Jurisprudencia de la Corte en el particular y analiza, a la luz de esa doctrina, la prueba aportada al juicio, para decir luego:

"Dan testimonio las pruebas de que la promesa base de este juicio, conforme a la cláusula primera, debía elevarse a escritura pública el día 20 de octubre de 1962, a fin de que el señor Juan de la Cruz Reyes recibiera la escritura de la casa situada en la carrera 5ª números 29-02/08 S. de Bogotá, y Joaquín Londoño Arias la de la finca 'Corinto', ubicada en la jurisdicción de Castilla La Nueva, siempre que, para esa fecha ya se le hubiere adjudicado, pues de lo contrario, el plazo se prorrogaría hasta ese momento, o sea, en el caso de autos, hasta el 30 de octubre de 1962.

"Joaquín Londoño concurrió al despacho de la Notaría a fin de cumplir 'el compromiso de firmarle una escritura pública al señor Juan de la Cruz Reyes', pero de conformidad con este mismo certificado (sic) y con los ya referidos, el inmueble materia de la permutación por parte de José Joaquín Londoño, no era de su propiedad, sino de la señora Vidali Quisa de Londoño. En estas circunstancias, el señor Londoño no podía transferir el dominio del inmueble; y

por eso, precisa concluir que no dio cumplimiento a la obligación que le incumbía, pues el presentarse a otorgar una escritura de un inmueble que no le pertenece, vale tanto como no presentarse.

"De otro lado, Juan de la Cruz Reyes no demostró, como estaba en la obligación de hacerlo, para el uso eficaz y legítimo de la acción resolutoria, haber cumplido o estar dispuesto a cumplir, en la forma y tiempo debidos, con las obligaciones de su cargo. No concurrió a recibir la escritura, ni a otorgar la que a él correspondía, una vez que recibió el título de adjudicación el 30 de octubre de 1962.

"El juicio, pues, da testimonio de que ninguno de los contratantes cumplió oportuna y cabalmente con las obligaciones recíprocas que asumieron. Ninguno de ellos concurrió, con eficacia legal, en las fechas convenidas, a otorgar las correspondientes escrituras; surge entonces el incumplimiento recíproco.

"En esta hipótesis, como lo dijo la Corte en el pasaje de la sentencia que se dejó transcrito, es improcedente la acción de resolución, razón por la cual, en ninguna de las partes, radica la meritada acción.

"Con todo, aunque lo dicho aparezca claro y evidente, el Tribunal teniendo en cuenta que tanto demandante como contrademandante, como queda visto, han impetrado de la justicia la resolución del contrato, debe decretarla, pues los contendientes son mayores y pueden disponer libremente de lo suyo; y bien sabido es que conforme al artículo 1602 del C. C., los contratos pueden ser invalidados por el mutuo consentimiento.

"Ahora bien, una de las consecuencias de la acción resolutoria, es la indemnización de perjuicios, a favor del contratante que ha cumplido o estuvo presto a cumplir con sus obligaciones; como en el caso en estudio, ninguno de los contratantes cumplió a cabalidad con sus obligaciones, no hay lugar a condenar por este concepto; pues, se repite, esta prestación sólo se decreta a favor del contratante que ha cumplido o estado presto a cumplir con las obligaciones a su cargo; en ningún caso cuando ha habido incumplimiento recíproco, porque de otra manera ninguno de los contratantes sería moroso, en virtud del principio consagrado en el artículo 1609 del C. C., que traduce en fórmula positiva el aforismo de que 'la mora purga la mora'.

"Lo dicho lleva a la conclusión que debe decretarse la resolución, sin indemnización de perjuicios".

Continúa el sentenciador argumentando que el contrademandante bien podría argüir que ha solicitado como petición principal la declaración de que el actor estaba obligado a suscribir, dentro del término que el Juzgado le señalase, la escritura pública de permuta de la finca "Corinto", y a recibir la transferencia del dominio, por parte del demandado, de la casa de Bogotá, para comentar luego:

"En primer término, la parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, no tiene acción para solicitar de la otra el cumplimiento de las suyas, pues las obligaciones no pueden subsistir sino en la medida en que cada una de ellas tenga validez y reciba cumplida ejecución la contraprestación que la ha engendrado. Lo contrario equivale a moverse en un fondo de contradicción: solicitar que el contratante A cumpla su obligación, cuando el contratante B no ha cumplido la que le corresponde.

"De otro lado, ninguno de los contratantes concurrió con eficacia legal, a otorgar y recibir la correspondiente escritura: y por ello se solicitó y obtuvo del Juzgado la fijación de un término para la suscripción de los documentos, contra lo prescrito por el artículo 1551 del C. C. . . . Por lo demás, si el demandado y contrademandante creu que por haber cumplido con sus obligaciones, el actor debe cumplir las suyas —otorgamiento de la escritura pública— el procedimiento escogido no es el apto para decidir la controversia, como que el legislador ha ideado un proceso especial de ejecución, recogido en la ley 66 de 1945 y en el título XXXI del C. J., que es el eficaz para el logro del fin que se persigue, y siempre que se acepte que Joaquín Londoño cumplió o estuvo presto a cumplir con sus obligaciones en la forma y tiempo debidos".

— IV —

LA DEMANDA DE CASACION

El demandado Londoño con fundamento en la causal primera de casación a que se refiere el artículo 52 del Decreto número 528 de 1964, formula varios cargos contra el fallo del Tribunal, que pueden resumirse así:

Primer cargo.—Se acusa la sentencia como violatoria del artículo 1602 del Código Civil, por aplicación indebida.

El recurrente desarrolla el cargo en la siguiente forma:

El Tribunal tuvo en cuenta que tanto el demandante como el demandado contrademandante, habían implorado la resolución del contrato y por esta circunstancia estimó que debía decretarse, conforme al artículo 1602 del Código Civil, como quiera que los litigantes son mayores y pueden disponer libremente de lo suyo.

El sentenciador estuvo descaminado en el entendimiento de lo que el demandante quería al pedir la resolución, y de lo que igualmente quería el demandado al pedirla en la mutua petición; porque Reyes pedía la resolución por incumplimiento de Londoño, y Londoño, subsidiariamente, la pedía por el incumplimiento de Reyes. Así, pues, las causas de sus acciones son opuestas, porque se fundan en que cada uno de los litigantes estima que su contraparte incumplió. "Esta posición —dice la censura— excluye obviamente la idea de que entre Reyes y Londoño hubiera habido un mutuo consentimiento para invalidar su contrato. No puede haber mutuo consentimiento cuando no hay acuerdo, y no puede haber acuerdo cuando cada una de ellas (las partes) le imputa a la otra la infracción de lo pactado, tal como se ve en los hechos en que se fundan las acciones de la demanda y de la mutua petición".

De aquí deduce el recurrente la infracción del artículo 1602 del Código Civil, por aplicación indebida, porque el Tribunal creyó encontrar mutuo consentimiento donde había contienda.

La Corte considera:

Como lo enseña el artículo 1602 del Código Civil, citado por el recurrente, todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, de donde resulta que los contratos pueden extinguirse o quedar sin efecto de dos maneras distintas: por acuerdo de las partes, o por motivos previstos en la ley.

Si la voluntad de los interesados crea el contrato, esa misma voluntad puede dejarlo sin efectos. Concurriendo todos aquellos que intervinieron en la formación del acto jurídico, éste puede ser extinguido por mutuo acuerdo porque, por regla general, las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen.

Esta forma de disolución de los contratos constituye, según la doctrina, uno de los casos del fenómeno llamado resiliación, que consiste en el anonadamiento del convenio por el mutuo consenso de las partes. Cuando un contrato ha sido dejado sin efectos por este medio, se dice entonces que ha sido resiliado.

La otra forma de extinción de los contratos es por causas legales. Entre éstas se cuenta la resolución, que es el efecto que produce el evento de una condición resolutoria, cuando por uno de los contratantes no se cumple lo pactado.

En la resolución se anonada el contrato no ya por voluntad de las partes, como en la resiliación, sino por un motivo legal; la resiliación y la resolución se diferencian, pues, en cuanto a sus causas, que son distintas para uno y otro caso.

En el sub-lite el demandante solicitó como declaración principal la resolución del contrato de promesa de permuta que ha dado origen al litigio; y el demandado, impetrando principalmente el cumplimiento del convenio pidió, en forma subsidiaria, la resolución del mismo. Entendió el fallador que esto era suficiente para decretarla, como si se tratase de un mutuo acuerdo, cuando dijo: "El Tribunal teniendo en cuenta que tanto demandante como contrademandante, como queda visto, han impetrado de la justicia la resolución del contrato debe decretarla, pues los contendientes son mayores y pueden disponer libremente de lo suyo; y bien sabido es que conforme al artículo 1602 del C. C., los contratos pueden ser invalidados por el mutuo consentimiento".

Es decir, confundió el Tribunal la resiliación del contrato con la resolución, y estimó que en el caso concreto de este pleito, el contrato podía resolverse por el mutuo consentimiento.

Como lo anota el recurrente, las causas de las acciones de resolución de cada una de las partes son distintas, como quiera que el demandante la implora con fundamento en el incumplimiento de su contraparte, y el demandado a su vez en el incumplimiento de su contendor en el juicio; es decir, el actor en el incumplimiento del opositor, y éste en el de aquél. Son posiciones contrapuestas, que excluyen naturalmente la idea de un mutuo acuerdo entre los litigantes. Si ese acuerdo hubiese existido para dejar sin efectos el contrato, el presente juicio no habría tenido ocurrencia.

Es de anotar, de otro lado, que la resolución no ha sido invocada en forma principal por am-

las partes en este litigio, sino en forma principal por la demandante y en forma subsidiaria por la demandada, en su reconvención. En esas circunstancias no podía decretarse, como lo entendió el sentenciador, porque el acuerdo no existía, pues lo que pretende, en primer término, el demandado en su contrademanda, es el cumplimiento de la obligación por parte del demandante principal; y lo que éste pretende, en primer término, es que el contrato quede sin efectos. Son dos posiciones no sólo distintas sino contrapuestas.

En esta forma es evidente que el Tribunal infringió, el artículo 1602 del código civil, por aplicación indebida, como lo estima el recurrente, pues creyó encontrar un consentimiento mutuo en donde hay una contienda por opuestas pretensiones.

Es acertado, pues, el cargo, pero no obstante la Corte no podrá casar la sentencia acusada, porque al entrar a resolver como tribunal de instancia, encuentra que el recurrente no cumplió con la obligación de entregar la casa de Bogotá al demandante Reyes, totalmente desocupada, a los sesenta días contados desde la fecha del contrato, tal como se estipuló en su cláusula undécima.

Así se deduce, en efecto, de los elementos probatorios aportados al juicio como pasa a verse.

a).—En las posiciones que Londoño absolvió en la segunda instancia, dijo que las llaves las había entregado por intermedio del agente Pedro Luis Buitrago, quien vivía en la casa; y en las absueltas ante el Juez del conocimiento había expresado: "Diga cómo es cierto, sí o nó, que hasta la fecha no le ha hecho entrega (a Reyes) de la casa de habitación a que se refiere la mencionada permuta que consta en el documento de 21 de julio de 1962?". Contestó: "Autorisé para que le entregaran una parte y él vivió allá y le entregaron las llaves de la casa y él las debe tener. Después aquí le avisé (en Acacías) que ahí quedaba el resto de la casa desocupada". De esta confesión se deduce que Londoño no entregó todo el inmueble, y que sólo autorizó la entrega de una parte de él.

b).—Angel Puentes (fl. 23 c. Nº 5) declara: "A esta casa donde se practica la diligencia, vine el 22 de septiembre de 1962 con el señor Juan Reyes que me convidó a que le iban a hacer entrega de esta casa. Vinimos y el señor dueño de la casa no apareció ese día por aquí... Aquí estaba únicamente un señor que tenía el almacén de víveres".

c).—Pedro Luis Buitrago, ocupante de un apartamento, declaró tres veces en este proceso (fls. 26 y 48 del cuaderno de pruebas del demandante y folio 20 v. del cuaderno de pruebas del demandado). Expresa que Londoño lo comisionó para la entrega de las llaves a Juan de la Cruz Reyes "en el mes de septiembre de 1962"; que hizo entrega de ellas a una hermana del demandante, quien el mismo día se pasó a la casa; que cuando ocupó el apartamento por él tomado, en la misma casa vivía un señor Agustín N., quien tenía una tienda, negocio que vendió a un señor de Villavicencio; que estos dos sujetos ocuparon en su condición de arrendatarios el resto del inmueble; y que "cuando yo me retiré de la casa, ahí en ella quedó viviendo el señor de Villavicencio". Como el declarante manifiesta que entregó las llaves en septiembre de 1962, por comisión de Londoño, y que cuando él se retiró lo restante del inmueble había quedado ocupado por el señor de Villavicencio, se deduce que Buitrago sólo entregó las llaves del apartamento que tenía en arrendamiento.

d).—Marcos Ramos (fl. 23 c. Nº 5) habitó en el inmueble porque Joaquín Londoño accedió a que el testigo ocupara la parte que venía ocupando un señor Rodríguez, "que incluso tenía ubicado aquí un negocio de víveres y que el señor Londoño aceptó que yo le comprara los víveres para poder yo tomar en arrendamiento la casa... La parte que yo tenía de la casa yo la ocupé hasta mediados de octubre del año antepasado", o sea hasta mediados de octubre de 1962.

La declaración de Ramos concuerda con la de Buitrago cuando éste manifiesta que al entregar el apartamento en septiembre de 1962, en la casa quedó viviendo un señor de Villavicencio; y con la de Puentes, cuando dice que el 22 de septiembre, en la referida casa residía un señor que tenía un almacén de víveres.

De los anteriores elementos de juicio se deduce que para la fecha en que el demandado debía hacer entrega de todo el inmueble, parte de la casa continuaba ocupada por Marcos Ramos, quien siguió en ella hasta mediados de octubre de 1962, fecha para la cual el plazo de entrega había vencido. Este declarante explica su tardanza así: "Vinieron a avisarnos de que debíamos de entregar la casa desocupada y nosotros la desocupamos *en el tiempo en que se pudo*, por el motivo a que teníamos un negocio de almacén como

cualquier persona o vecindario se daba cuenta de la cantidad de enseres que teníamos para la localización de un local (sic) con su respectiva vivienda para situarnos con dicho negocio".

Si, como queda visto, el demandado Londoño no cumplió con su obligación de entregar completamente desocupado el inmueble en el plazo convenido, o sea a los sesenta días contados desde la fecha del contrato de promesa de permuta, la sentencia del Tribunal queda en pie. La Corte cumple su misión en este caso, rectificando simplemente la doctrina del fallador.

Segundo cargo.—Es por violación directa de los artículos 1871, 1874, 1875 y 1958 del código civil por falta de aplicación, y, consecuencialmente, por quebranto de los artículos 1546, 1602 y 1609 del mismo estatuto.

El planteamiento de la censura se desarrolla así:

El fallo dice que José Joaquín Londoño acudió al despacho de la Notaría de Acacías con el fin de cumplir la obligación de firmarle a Juan de la Cruz Reyes la escritura de permuta; pero como el inmueble materia de ésta por parte de Londoño, o sea la casa de Bogotá, no era de su propiedad sino de su esposa, el Tribunal consideró que Londoño no podía trasferir su dominio y, por consiguiente, que no cumplió su obligación, "pues el presentarse a otorgar una escritura de un inmueble que no le pertenece, vale tanto como no presentarse".

Con esta afirmación, anota el recurrente, el sentenciador quebrantó directamente los artículos primeramente citados, que hacen válida la venta de cosa ajena, y desarrolla su pensamiento de la manera siguiente: "Todas estas normas fueron violadas por infracción directa por el sentenciador *porque* él cree que el que no es dueño de una cosa no puede trasferir su dominio, y los artículos 1874 y 1875 le dicen que sí y desde la fecha de la compraventa; el primero por ratificación directa del dueño, y el segundo en el caso de que el vendedor adquiera después el dominio; el Tribunal cree que no produce efecto vender cosa ajena al decir que vale tanto como no presentarse, presentarse a otorgar escritura de un inmueble que no le pertenece, y el artículo 1871 dice que sí vale y sí produce efectos, que es el de adquirir, en últimas, por usucapión".

Agrega el autor del recurso que tales disposiciones, propias de la compraventa, son aplicables a la permutación, según el artículo 1958 del código civil, que también fue infringido; y que, como consecuencia de no haber aplicado el Tribunal las normas citadas, llegó a la conclusión de que Londoño no había cumplido con la obligación de presentarse a otorgar la escritura de permuta, conclusión con la cual le concedió el derecho que le otorga el artículo 1546 del código civil de exigirle al demandante el cumplimiento de la promesa.

Se considera:

Según la cláusula décimocuarta del contrato, las partes se obligaron a firmar la escritura con sus respectivas esposas. José Joaquín Londoño contrajo esta obligación porque el inmueble que él debía dar en permuta no era de su propiedad, sino de la señora Vidali Quisa de Londoño, según el título Nº 3094 de 2 de junio de 1958, de la Notaría 4ª de Bogotá, que Londoño presentó al Notario de Acacías cuando acudió a su despacho, el 20 de octubre de 1962, con el fin de firmar la escritura en favor de Reyes Rangel.

El nombrado Londoño no se obligó, pues, a vender cosa ajena, sino que prometió un hecho ajeno, el de que su esposa concurriese a firmar la escritura de permuta. La promesa del hecho ajeno es válida conforme al artículo 1507 del código civil, el cual establece que si uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona de quien no es legítimo representante ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.

Luego, si no se trata de venta de cosa ajena, no eran aplicables al caso del pleito los artículos citados por el recurrente como directamente infringidos por el Tribunal, y por esta causa no pudieron ser quebrantados; tampoco pudieron serlo aquellas disposiciones que la censura considera violadas como consecuencia de la pretendida infracción de los artículos 1871, 1874, 1875 y 1958 del código civil.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo.—Expresa el recurrente que el sentenciador, al interpretar la demanda de reconvención, "incurrió en el error de derecho de encontrar válida la acumulación de las acciones de cumplimiento y resolución intentadas en la mutua petición", a pesar de lo dispuesto en el artículo 209 del código judicial.

Dice que intentar la acción de cumplimiento de un contrato y en subsidio la de resolución

en un mismo libelo, es acumular dos acciones contradictorias e incompatibles, que se excluyen, porque si se desecha la acción principal de cumplimiento, necesariamente habrá que desecharse la de resolución.

Se considera:

La exposición de esta censura muestra por sí misma su ineficacia en cuanto al impugnante, quedándose en mitad del camino, no señaló norma sustancial alguna violada. Aparte lo cual cabe observar que en la hipótesis de la indebida acumulación de acciones a que se refiere el recurrente, el punto no implicaría un error de valoración probatoria, sino la ausencia de un presupuesto procesal.

No prospera el cargo.

Cuarto cargo.—Es por error de hecho en la apreciación de la demanda de reconvención.

La censura dice que el sentenciador no vio que al folio 14 del cuaderno número uno existe como petición primera en la demanda de reconvención, la declaración de validez del contrato de promesa de permuta celebrado entre las partes.

Según el recurrente el Tribunal no vio esta petición, o no quiso verla, porque en la demanda principal aparece una segunda petición subsidiaria por la cual se pretende que es nulo el contrato de promesa; y continúa el impugnante: "Discutir sobre la validez o invalidez de un contrato; deducir la fuerza de las obligaciones que de él surgen al respecto, y saber qué se debe hacer si es nulo y qué se debe hacer si es válido, no son puntos que se puedan debatir con el requerimiento de la Ley 66 del 45 o el procedimiento del hecho debido, pues que tales normas procesales no se hicieron para ese fin, y como no hay procedimiento especial por medio del cual se pueda discutir la validez de un contrato, hay que concluir necesariamente en que tal disputa ha de rituarse por un juicio ordinario".

Expresa el autor del recurso que el error de hecho a que se refiere es evidente, porque el Tribunal creyó que se trataba, simplemente, del otorgamiento de una escritura, cuando lo que se pedía era que se declarara la validez del contrato y, como consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de él: que dicho error llevó al Tribunal a la infracción directa de los artículos 471, 593, 734, 971, 972, 973 y 974 del código judicial, el numeral 3º del artículo 209 ibid. y la Ley 66 de 1945; y que con tales violaciones adjetivas el Tribunal quebrantó indirectamente los artículos 1546, 1602 y 1609 del código civil.

Se considera:

De manera insistente ha venido sosteniendo la Jurisprudencia de la Corte que el error de hecho consiste en pasar por alto una prueba decisiva, como si no se hubiese aducido, no obstante figurar materialmente en el proceso; o en suponer una que no existe; o en estimar la que existe en un sentido contrario a la evidencia que ella ostenta, dándole una significación manifiestamente opuesta al contenido de la prueba, considerada en sí misma.

El recurrente dice que el sentenciador no vio o no quiso ver la súplica principal de la contrademanda, y considera por eso que incurrió en error de hecho en la apreciación de esta pieza. Pero basta leer el fallo acusado para cerciorarse de que ello no es así, porque el Tribunal sí tuvo en cuenta no sólo la petición principal de la demanda de reconvención, sino también la subsidiaria, y las que formuló el demandante Reyes. No falló el pleito dándole la razón al demandado en la petición primera de su contrademanda, por las razones que el sentenciador anotó y que han sido objeto de rectificación doctrinaria por la Corte al despachar el primer cargo.

Si no se ha demostrado el error evidente de hecho alegado por el impugnante, el cargo no prospera.

RESOLUCION

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, con fecha veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, en el presente juicio ordinario de Juan de la Cruz Reyes Rangel contra José Joaquín Londoño Arias.

Sin costas en el recurso en consideración a la rectificación doctrinaria.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESTITUCION DE TERMINOS

Supuesto indispensable de ésta.—Fuerza mayor o caso fortuito.—Significado jurídico de este concepto.—Alcance del poder para interponer recursos cuando no se restringe a su mera invocación. Suministro de papel sellado para el trámite del recurso.

1.—Enseña el artículo 332 del Código Judicial que "cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse la restitución de él por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva".

Quiere decir que el supuesto indispensable para la restitución de un término judicial vencido, es el de que la parte interesada no haya podido valerse de él "por fuerza mayor o caso fortuito". Este concepto tiene jurídicamente una significación propia, de que no es posible separarse cuando la ley se remite al mismo.

Es bien sabido que para que un acontecer dado constituya "fuerza mayor o caso fortuito", además de imprevisible, ha de ser irresistible, vale decir que coloque al obligado en la imposibilidad de cumplir su obligación, por no haber podido sobreponerse al sorpresivo hecho adverso para eludir sus efectos.

2.—El poder para interponer recursos, si no se ha restringido a la mera invocación de éstos, lo es obviamente para intervenir en su trámite y, desde luego, para realizar las diligencias indispensables a fin de que la interposición de los mismos no se esterilice en su inicio.

Si pues, el mandatario que el actor constituyó en la segunda instancia estaba facultado para intervenir por éste en el recurso de casación, es claro —como lo nota la providencia recurrida—, que aquél "debió suministrar las hojas de papel sellado competentes" para que el trámite del recurso de casación ante la Corte pudiera abrirse. Y la circunstancia de que el propio interesado, por tratarse de un simple hecho, hubiera podido hacer tal suministro en el caso de no haber estado imposibilitado por enfermedad, no quita efecto alguno a la presencia de su apoderado en el proceso, sobre el cual pesaba directamente la obligación de hacer tal suministro. El que debió realizar, ya haciendo agregar el indispensable papel competente al expediente en la secretaría del Tribunal antes de su envío a la Corte Suprema, ya haciéndolo llegar a la secretaría de la última dentro del término fijado al efecto por el artículo 3º del Decreto 243 de 1951 en relación con el artículo 353 del C. J.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de súplica interpuesto por parte de José Arbeláez contra el auto de 21 de abril de 1966, que le denegó la restitución de un término.

— I —

Contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Neiva, en este juicio ordinario seguido por José Arbeláez frente a Leonardo Londoño y Alirio Ferero, se interpuso por la parte actora el recurso de casación, el que le fue concedido por el Tribunal Superior del Distrito de Garzón, a quien pasó el asunto en virtud de la reforma judicial.

Remitido el expediente a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el Secretario de esta corporación rindió con fecha ocho (8) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) informe, según el cual "el presente juicio ordinario se recibió en la Secretaría el 14 de septiembre de 1965, y que el día de ayer venció el término de que tratan los artículos 353 del C. J., y 3º del Decreto 243 de 1951, sin que el

señor apoderado de la parte recurrente hubiera habilitado las dos hojas de papel sellado, de acuerdo con lo dispuesto por el aparte a) del parágrafo 2º de la Ley 24 de 1963".

— II —

Así las cosas, el mandatario del recurrente llegóse a interponer la solicitud de "restitución del término correspondiente, por haber padecido mi poderdante de una enfermedad grave, que lo imposibilitó para realizar toda clase de actividades dentro del plazo señalado en el recurso de casación a que me refiero".

Tramitado este pedimento en forma de articulación, dentro de la cual se adujeron pruebas de una y otra parte, fue resuelto mediante la providencia de sala unitaria, de veintiuno (21) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966), en que se dijo y resolvió lo siguiente:

"El presente negocio llegó a esta Corporación el 14 de septiembre de 1965 con dos hojas de papel sellado sin habilitar, según la constancia secretarial.

"El demandante tuvo apoderado legalmente constituído en la segunda instancia, quien interpuso el recurso de casación y quien debió suministrar las hojas de papel sellado competentes.

"Estas consideraciones demuestran que la falla anotada, referente a la habilitación de papel sellado, no se produjo por fuerza mayor, pues el demandante estuvo debidamente representado y su apoderado pudo atender a la exigencia legal de habilitar el papel para la actuación.

"Por lo expuesto, la Corte RESUELVE:

"No es el caso de decretar la restitución de términos solicitada por el apoderado de la parte demandante en este juicio.

"Las costas del incidente a cargo del actor".

— III —

Contra este último proveído ha interpuesto el actor el recurso de súplica, intentando fundarlo en las siguientes razones:

"El H. Magistrado acepta que el demandante se encontraba imposibilitado por enfermedad, esto es, que la prueba al respecto no ofrece duda, mas niega porque dice que dicha persona tenía apoderado en la segunda instancia quien debía suministrar el papel respectivo para la actuación. La cuestión entonces está en verificar la legalidad de dicha tesis de la obligación del apoderado de suministrar el papel por el actor que se hallaba imposibilitado por enfermedad, estado de demencia, para hacerlo.

"No ofrecería duda alguna el caso si de deberes de la parte actora se refirieran a actuación en el Tribunal Superior de Neiva, donde Arbeláez tenía apoderado; mas la cuestión es distinta porque se trata de actuación o de deberes en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Secretaría, como que el deber de suministrar papel competente es en la Corte y no en el H. Tribunal de Neiva. Ahora el apoderado en Neiva es un abogado residente en Neiva, y es hecho procesal cierto que en el momento en el cual transcurrió ante la H. Corte el término para el suministro de papel el recurrente José Arbeláez aun no había constituído el mandatario que lo representara en el recurso de casación, ni podía constituirlo porque se hallaba privado de razón, . . ."

— IV —

LA CORTE CONSIDERA:

Enseña el artículo 372 del Código Judicial que "cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse la restitución de él por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva".

Quiere decir que el supuesto indispensable para la restitución de un término judicial vencido, es el de que la parte interesada no haya podido valerse de él "*por fuerza mayor o caso fortuito*". Este concepto tiene jurídicamente una significación propia, de que no es posible separarse cuando la ley se remite al mismo.

Es bien sabido que para que un acontecer dado constituya "fuerza mayor o caso fortuito", además de imprevisible, ha de ser *irresistible*, vale decir que coloque al obligado en la imposibilidad de cumplir su obligación, por no haber podido sobreponerse al sorpresivo hecho adverso para eludir sus efectos.

Ahora bien: en la especie sobre que versa este incidente, advierte el auto que se revisa que el actor "tuvo apoderado legalmente constituído en la segunda instancia, quien interpuso el recurso de casación y quien debió suministrar las hojas de papel sellado competentes".

En efecto: el poder especial del actor a su mandatario constituído en la segunda instancia, visible al folio 3 del cuaderno número 7, reza que se le otorga para que represente al poderdante "en la apelación" de la sentencia del Juez *a quo*, quedando el apoderado "facultado para recibir, *desistir, transigir*, sustituir e *interponer toda clase de recursos*". Los términos del encargo muestran que éste se confirió para todos los desarrollos procesales que conllevaba la apelación de la sentencia de primer grado. Comenzando por las facultades de transigir y desistir, que no otra cosa implicaban que una autorización para disponer en una u otra forma de la suerte del pleito, hasta el poder de "interponer toda clase de recursos", en los que se incluía, por lo tanto, el de casación.

El poder para interponer recursos, si no se ha restringido a la mera invocación de éstos, lo es obviamente para intervenir en su trámite y, desde luego, para realizar las diligencias indispensables a fin de que la interposición de los mismos no se esterilice en su inicio.

Si, pues, el mandatario que el actor constituyó en la segunda instancia estaba facultado para intervenir por éste en el recurso de casación, es claro —como lo nota la providencia recurrida—, que aquél "debió suministrar las hojas de papel sellado competentes" para que el trámite del recurso de casación ante la Corte pudiera abrirse. Y la circunstancia de que el propio interesado señor Arbeláez, por tratarse de un simple hecho, hubiera podido hacer tal suministro en el caso de no haber estado imposibilitado por enfermedad, no quita efecto alguno a la presencia de su apoderado en el proceso, sobre el cual pesaba directamente la obligación de hacer tal suministro. El que debió *realizar*, ya haciendo agregar el indispensable papel competente al expediente en la secretaría del Tribunal antes de su envío a la Corte Suprema, ya haciéndolo llegar a la secretaría de la última dentro del término fijado al efecto por el artículo 3º del Decreto 243 de 1951 en relación con el artículo 353 del C. J.

Se impone, pues, la conclusión de que la parte actora no estuvo en imposibilidad de cumplir con la obligación procesal de suministrar el papel hábil para el repartimiento del negocio en la Corte, pues que la enfermedad que se dice incapacitaba al actor José Arbeláez no afectaba a su mandatario, a quien incumbía hacer tal suministro y respecto del cual no se alegó imposibilidad alguna, lo que significa que en la especie no se ha verificado la "fuerza mayor o caso fortuito", requerido por la ley para que pueda otorgarse la restitución de términos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, confirma el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y vuelva este asunto al magistrado correspondiente. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada, Antonio Rocha A., Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SALA DE CASACION CIVIL

SALA DE CASACION PENAL

Extractos en materia penal a cargo del doctor DIEGO E. CRISTANCHO, Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

LAS SENTENCIAS SOBRE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES SOLO PUEDEN CESAR PARA EL FUTURO

No tienen vigor los preceptos que les daban a los Jueces de Instrucción Criminal competencia para fallar en primera instancia en relación con algunos delitos.

Es improcedente, en el caso de autos, el precepto contenido en el artículo 215 de la Constitución Nacional, pues basta considerar que las normas del Decreto 0012 de 1959, que el impugnante estima contrarias a la Carta, fueron declaradas inexequibles por la Corte mediante sentencia de 24 de julio de 1961 (publicada en el número 30582 del Diario Oficial). Y resulta un contrasentido admitir, que en la actualidad, para tomar una decisión jurisdiccional como la presente, se estime en vigor una norma legal cuya derogatoria llevó a cabo, hace meses, la sentencia aludida, que la declaró inexequible.

El citado artículo 215, al disponer que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", se refiere lógicamente a normas legales que estén vigentes en el momento de juzgar. Y en este asunto, la Sala no se encuentra ante esa situación, pues, se repite, la sentencia mencionada dejó sin vigor los preceptos señalados por el demandante, que le daban a los Jueces de Instrucción Criminal competencia para fallar en primera instancia, en relación con determinados delitos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio cuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(*Magistrado ponente*: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 2 de febrero de 1961, por la cual le fue impuesta al procesado LAZARO RIVAS SOTO la pena principal de veinte (20) años de presidio, como responsable, con otros, del delito de homicidio cometido en la persona de Diego Calderón Sánchez.

Conoció en primera instancia el Juzgado 4o de Instrucción Criminal.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO:

Según la denuncia formulada por el señor Simeón Sánchez, lo ocurrido fue lo siguiente:

"El día sábado, trece de los corrientes. . ." (junio de 1959). . ., "como a eso de las seis de la tarde, me encontraba yo en la finca 'Sulaivar', en la fracción de 'El Real', de propiedad de mi padre Diego Calderón, y estando yo cenando sentí que latió un perro y en vista de esto salí y pude ver que en la esquina de la casa se encontraban los sujetos de nombres Lázaro Rivas, Isidro Jiménez, Ernesto Céspedes y Edilberto Mahecha, y tan pronto me vieron, me dijeron bue-

nas tardes, y entonces yo los saludé y en esos momentos salió mi papá, que se encontraba en la cocina tomando la cena y prendió un cigarrillo y se vino para el lado de la sala de la casa. Yendo frente a la puerta de la sala, un sujeto de estos, me parece que Edilberto Mahecha, a quien fue al único que le vi movimiento en la escopeta, le hizo un disparo, pegándole en el lado derecho del pecho. Yo, en seguida de esto, no les dije nada a los tipos, sino que corrí a coger a mi papá, que estaba herido y apenas me dijo: ¡Ay, mi hijo, me mataron! En esos momentos se me vinieron todos los cuatro sujetos a pegarme a mí con las peinillas... y entonces yo salí corriendo, pero Lázaro Rivas logró cogerme por detrás, de los hombros, y entonces yo saqué la peinilla y le mandé un chuzón de para atrás y Lázaro dijo: ¡Ay, me cortó este hijo de puta; échenle bala!; y yo salí corriendo y entonces me hicieron un tiro con una escopeta, no supe quién fue, pero no me lograron hacer nada. Ernesto Céspedes y Edilberto Mahecha me siguieron a mí por el cafetal, y Lázaro Rivas e Isidoro Jiménez se quedaron en el patio de la casa, dándole machete a mi papá. Estos sujetos que me siguieron a mí me echaban madres y me decían que los esperara y yo seguí corriendo, y al fin, ellos se quedaron..."

Perfeccionado el sumario, el Juzgado 40 de Instrucción Criminal, de conformidad con la competencia que le señalaba el Decreto 0012 de 1959, clausuró la averiguación (auto de 5 de agosto de 1959, f.86 del Cd. 1º) y profirió la sentencia de primera instancia (fs.97 a 127 del Cd. ib.), conforme a la cual le fue impuesta al procesado recurrente, Lázaro Rivas Soto, la pena de dieciséis (16) años de presidio; y a Isidoro Jiménez Madrigal y a Ernesto Céspedes Hernández y Edilberto Mahecha o Angel, la sanción principal de quince años de presidio.

Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante el fallo materia del recurso de casación, pero modificó la sanción señalada a Rivas Soto, Céspedes Hernández y Mahecha Angel en el sentido de elevarla, para cada uno, a veinte años de presidio. Asimismo, sobreseyó temporalmente al sindicado Isidoro Jiménez Madrigal.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor apoderado de Lázaro Rivas Soto invoca la causal cuarta de casación, pues considera que la sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad.

Sustenta, así, el cargo:

"En la primera instancia de este proceso se siguió el procedimiento estipulado por el Decreto 0012 de 1959, procedente, para el caso, por haber ocurrido el delito investigado dentro de la vigencia de tal disposición; pero se incurrió en violación de normas constitucionales al proferirse fallo o sentencia de primer grado por el funcionario instructor, por el señor Juez 40 de Instrucción Criminal, a pesar de que éste fue facultado para ello por el señor Jefe de la Sección de Investigación del Tolima, conforme al Decreto 0012 prementado, (arts. 1º, 2º, 3º y 9º, especialmente).

"Las disposiciones constitucionales que considero violadas son los artículos 26, 27, 28, 55, 58, 61, 157 y 160 de la Carta, especialmente, pues el hecho de que un Juez de instrucción asuma facultades de fallador, contraría todos los cánones constitucionales señalados.

"La H. Corte, en reciente fallo, ha decidido que el Decreto 0012 de 1959 tiene o es inexequible, por "cuanto atribuye competencia para fallar en primera instancia a los Jueces de Instrucción Criminal que actúan por comisión del Ministerio de Justicia".

"Luego, si la sentencia de primera instancia fue proferida en este proceso por un Juez de Instrucción, tal decisión es nula; y si la decisión del H. Tribunal Superior tiene como fundamento a aquella, también es nula, porque todo el juicio está afectado de nulidad.

"Podría aducirse, y ello parece ser tema de discusión, que la declaratoria de inexequibilidad proferida por la H. Corte no produce efectos retroactivos, es decir, que ella sólo vale para las sentencias que se produzcan por Juez de Instrucción, a partir de la declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones..." de tal Decreto 0012 de 1959..., "consideradas inconstitucionales; pero, sin entrar a comentar sobre el fondo el argumento, considero que la nulidad que propongo tiene procedencia. También por la vía de excepción de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 215 de la Carta, y así lo propongo".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal estima que el cargo propuesto por el demandante no resulta demostrado y, en consecuencia, solicita que no se case la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En diferentes oportunidades ha señalado la Corte que la declaración de inexequibilidad no produce efectos hacia el pasado. Así, en fallo de 5 de agosto de 1955, (G. J. t. LXXX, Nº 2134. p.266), se dijo:

"Las consecuencias del fallo de inexequibilidad no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en el pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente, mientras estuvo en vigor".

Ha sido la anterior, doctrina constante de la Corte, a partir del Acuerdo fechado el 17 de julio de 1915, según el cual "las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes solo pueden obrar para el futuro. Si tuvieran efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día", (G. J.t. XXIII, p.432).

De otra parte, es improcedente, en este caso, el precepto contenido en el artículo 215 de la Constitución Nacional, pues basta considerar que las normas del Decreto 0012 de 1959, que el impugnante estima contrarios a la Carta, fueron declarados inexequibles por la Corte mediante sentencia de 24 de julio de 1961 (publicada en el número 30.582 del Diario Oficial). Y resulta un contrasentido admitir, que en la actualidad, para tomar una decisión jurisdiccional como la presente, se estime en vigor una norma legal cuya derogatoria llevó a cabo, hace meses, la sentencia aludida, que la declaró inexequible.

El citado artículo 215, al disponer que "en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", se refiere lógicamente a normas legales que están vigentes en el momento de juzgar. Y en este asunto, la Sala no se encuentra ante esa situación, pues, se repite, la sentencia mencionada dejó sin vigor los preceptos señalados por el demandante, que le daban a los Jueces de Instrucción Criminal competencia para fallar en primera instancia, en relación con determinados delitos.

No prospera, pues, la causal cuarta de casación alegada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA DE ORIGEN.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

INVESTIGACION DE LOS HECHOS.—OBLIGACION FACULTATIVA DEL FUNCIONARIO DE INSTRUCCION PARA ORDENAR LA PRACTICA DE LA PRUEBA EN CASO DE INDICIOS DE GRAVE ANOMALIA PSIQUICA O DE INTOXICACION CRONICA EN EL PROCESADO.

La justa causa de la ira o del dolor como atenuante de la gravedad del delito.—Juicio adelantado sin quebrantar las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta.

El artículo 374 del C. de P. P., en relación con el 375 ibidem, consagra una obligación facultativa para el funcionario de instrucción, condicionada al hecho de que descubra en el procesado indicios de que padece de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia venenosa. De allí que la Corte haya dicho también sobre este tema: "Establecida en principio la grave anomalía psíquica es indudable que surge la obligación respecto del funcionario para ordenar la práctica de la prueba; pero la circunstancia de que el procesado, al rendir la indagatoria, manifieste que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga, no constituye indicio alguno para que perentoriamente, se averigüe un dato que en la mayoría de los casos está ausente de la realidad procesal".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cinco de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Angel María Cardona Saldarriaga* (a. "El Podrido"), contra la sentencia del treinta de enero de mil novecientos sesenta y cuatro, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, acorde con el respectivo Agente del Ministerio Público, lo condenó a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable de la muerte de Aparicio Miguel Jaramillo Beltrán.

ANTECEDENTES:

Con fundamento en las pruebas del proceso, el auto de proceder resumió los hechos en los siguientes términos:

"En la noche del siete de marzo, (año de 1962), el sindicado Cardona, después de ingerir bebidas alcohólicas en el centro de la población se dirigió con otros al barrio de tolerancia, (de la población de Yolombó, anota la Sala) y continuó sus libaciones en algunas cantinas y finalmente en la de Luis Ruiz, que administraba Martín Zea, en donde habitaba Carmen Góez. Cuando llegó allí, Cardona le hizo algunas inculpaciones a su exconcubina por su conducta, y ésta temerosa, se encerró en su pieza. A eso de las once y media de la noche, aproximadamente, los compañeros de Cardona, entre ellos dos Agentes de Policía (carabineros) resolvieron regresar al centro de la población y se dispusieron a subir al automóvil que los esperaba frente a la referida cantina. Cuando ya algunos habían subido al vehículo, Cardona Saldarriaga asió violentamente por el cuello a Carmen Góez, quien había salido de su alcoba, y la condujo a empellones hacia el vehículo; Asunción Avendaño, compañera de Carmen, intervino y logró obtener que Cardona la soltara; en ese momento, Aparicio Jaramillo, hombre viejo y enfermo, se acercó a Cardona y le dijo que 'dejara esas bobadas'; inmediatamente, el sindicado, después de contestarle: '¿es que vas a revirar por ella?', esgrimió un cuchillo y le causó a Jaramillo dos lesiones en el tórax, a consecuencia de las cuales dejó de existir momentos después. Uno de los carabineros desarmó al homicida y lo puso a órdenes del Alcalde". (fs. 85 y 86).

Como lo expresaron los médicos legistas al ampliar la diligencia de necropsia las heridas recibidas por la víctima "son de carácter esencialmente mortal". (f.70).

Angel María Cardona fue residenciado en juicio, por los hechos anteriores, mediante providencia del ocho de agosto de mil novecientos sesenta y dos, (f. 85 a 93). Contra tal proveído interpusieron el recurso de apelación el procesado y su defensor, pero el Tribunal lo confirmó sin reparo alguno en auto calendado el veintisiete de noviembre del mismo año. (fs. 107 a 111) El enjuiciamiento no hace referencia a circunstancias específicas de ninguna índole.

Con oportunidad de la audiencia pública el Juez Primero Superior de Medellín sometió a la consideración del Jurado la siguiente cuestión: "El acusado ANGEL MARIA CARDONA SALDARRIAGA es responsable de haber lesionado con arma cortante y punzante y con propósito de matar, a APARICIO JARAMILLO BELTRAN, a consecuencia de lo cual falleció éste, hecho que tuvo cumplimiento en la noche del siete de marzo de mil novecientos sesenta y dos en el barrio de tolerancia de la cabecera del Municipio de Yolombó? (fl. 123).

Los jueces de conciencia respondieron de manera unánime: "Sí, es culpable".

Acatando el veredicto del Juri, el Juzgado de primera instancia profirió el fallo de nueve de agosto de mil novecientos sesenta y tres, en el que se condenó al procesado "como autor del delito de homicidio por el cual fue llamado a juicio", a la pena principal de ocho (8) años de presidio. Abierto el segundo grado procesal por alzada del reo, sobrevino el pronunciamiento confirmatorio del Tribunal Superior de Medellín, materia del recurso de casación que ahora ocupa la atención de la Corte. (fs. 124 a 129 y 144 a 150).

Al referirse el sentenciador de segunda instancia al aspecto objetivo del delito y a la responsabilidad penal de Cardona Saldarriaga, dijo:

"La materialidad de la infracción se comprobó plenamente con la diligencia de levantamiento del cadáver (fs. 1 y 2), la diligencia de necropsia de fs. 21, ampliada a fs. 70, y copia de la partida civil de defunción de fs. 23, debidamente identificada con los testimonios de Guillermo Mesa Barrera y Augusto Cadavid Agudelo. (fs. 24 y vto.).

"Y que hubo relación de causa a efecto entre el acto realizado y el resultado obtenido, lo pregona elocuentemente el hecho de haberse producido la muerte de Jaramillo Beltrán como consecuencia natural y directa de las dos lesiones recibidas, las cuales fueron catalogadas por los peritos-médicos como de naturaleza esencialmente mortal, (fs. 70).

"En lo que dice relación con el aspecto moral del delito, no queda la menor duda de que el procesado al esgrimir su arma y causar las lesiones conocidas tuvo el propósito de matar. Ello se infiere del arma utilizada, la repetición de los golpes y el conjunto anatómico vulnerado". (f. 148).

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El libelo, presentado por el apoderado especial del recurrente, se ocupa de manera circunstanciada y extensa en la narración de los hechos que originaron el proceso, seguida de una reseña sobre la actuación procesal. Luego, en capítulo separado, se ataca la sentencia recurrida con apoyo en la causal de casación que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal contempla en su ordinal 4º: Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Según el impugnante, no se trata en el presente caso de ninguna de las causales de nulidad previstas en los artículos 198 y 199 de la obra citada, sino de una nulidad constitucional, porque: a)—"No se practicaron las pruebas tendientes a verificar el estado patológico anormal, del procesado, insinuado por éste en su injurada"; y b)—"No se practicaron las pruebas tendientes a comprobar las taras mentales del procesado, quien dijo tener familiares o haber tenido, desquiciados psíquicamente".

Considera el actor que si se hubieran llevado al informativo tales pruebas, se habría demostrado que Cardona cometió el hecho criminoso dentro de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal, y, consecuentemente, el juzgamiento se hubiera llevado a término sin intervención del Jurado y se habrían aplicado al reo medidas de seguridad en vez de penas. Todo lo cual significa que al procesado se le conculcó el derecho de defensa, infringiéndose así el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Un tercer cargo formula el demandante a la sentencia acusada. "En el auto de proceder —dice en párrafo que resume su pensamiento al res-

pecto— se le reconoció al procesado el estado de ira o intenso dolor, previsto por el artículo 28 del C. Penal, pero ni en los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado, ni en la sentencia, se habló de ese estado anímico, que era más favorable al procesado. Por este otro aspecto, se ha violado también el artículo 26 de la C. Nacional, al omitirse una circunstancia favorable al reo".

Por su parte el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, estima, previo atento estudio, que ninguno de los cargos aducidos fue demostrado, razón por la cual conceptúa que es del caso de dar aplicación al artículo 569 del Código de J. P., "desechando el recurso y ordenando la devolución del expediente al Tribunal de origen".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.—Es verdad que Cardona Saldarriaga dijo en su indagatoria no recordar los hechos que se le imputaron y por los cuales fue juzgado en este proceso, explicando tal amnesia por el abuso del alcohol ingerido; pero tampoco es menos cierto que, como claramente se expresó en el auto de proceder, "su afirmación está desmentida por los declarantes que afirman que su embriaguez no era avanzada, departía corrientemente y tenía conciencia de lo que hacía". (f. 93). Y por ello se puntualizó también en la citada providencia: "El sindicado había ingerido bebidas alcohólicas, pero se encontraba, según afirman los testigos, en el pleno goce de sus facultades mentales. Además, si se acepta que se hallaba embriagado, esa embriaguez por ser aguda y no haber sido preordenada a la ejecución del homicidio, apenas puede ser considerada como circunstancia de menor peligrosidad". (f. 94).

2.—En cuanto a los antecedentes de locura en la familia de Cardona, sólo existe en el informativo, como lo anota el Procurador en su respuesta a la demanda, el dicho del procesado. Sobre el particular importa recordar que, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, el artículo 374 del C. de P. P., en relación con el 375 ibidem, consagra una obligación facultativa para el funcionario de instrucción, condicionada al hecho de que descubra en el procesado indicios de que padece de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia venenosa. De allí que la Corte haya dicho también sobre este tema: "Establecida en principio la grave anomalía síquica, es indudable que surge la obligación respecto del funcionario para ordenar la práctica de la prueba; pero la circunstancia de que el procesado, al rendir la indagatoria, manifieste que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga, no constituye indicio alguno para que, perentoriamente, se averigüe un dato que en la mayoría de los casos está ausente de la realidad procesal".

3.—Por último afirma el demandante que en la pregunta formulada al Tribunal popular no se incluyó la modalidad específica prevista por el artículo 28 del Código Penal, no obstante que tal circunstancia fue expresamente reconocida en el auto de proceder. Tampoco se dijo nada sobre tan importante extremo en la sentencia acusada.

El cargo carece de todo fundamento. En la parte motiva de la providencia enjuiciatoria se expresó precisamente lo contrario: "Es innegable que Cardona se encontraba iracundo porque su exconcubina lo había abandonado. Pero esa ira no puede ser calificada de justa porque, como antes se anotó, él había sido conminado policivamente para que se abstuviera de ofender a la mujer mencionada de palabra o de hecho y además, fue él el provocador del suceso, pues en forma agresiva y violenta sacó a dicha mujer de la cantina. Y la intervención de Jaramillo tampoco podía constituir una grave e injusta provocación, pues se limitó a pedirle que no agrediera a aquélla". (f. 94).

Habrá que repetir aquí lo que tantas veces ha dicho la Corte en casos análogos al presente: Lo que atenúa la gravedad del delito no es la cólera o el dolor sino la justa causa de la ira o del dolor.

4.—Significa todo lo anterior que al procesado no se le cercenó el derecho de defensa. El juicio se desarrolló y culminó sin que se quebrantaran las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta. En consecuencia, el recurso extraordinario estudiado habrá de desatarse en armonía con el criterio que en su oportunidad expuso el representante del Ministerio Público.

DECISION:

En virtud de las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia acusada, mediante la cual el Tribunal Supe-

rior de Medellín condenó a *Angel María Cardona Saldarriaga* a la pena principal de ocho (8) años de presidio, como responsable de la muerte de Aparicio Jaramillo Beltrán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Despacho de origen. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Bosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

DERECHO DE DEFENSA.—PRESUNTA VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CARTA POR VICIO DE PROCEDIMIENTO ALEGADO POR EL RECURRENTE.—CAUSAL CUARTA DE CASACION.

El hecho de haberse declarado ejecutoriado el auto de proceder sin que el reo hubiera desistido previamente de la alzada que contra esa providencia había interpuesto, motivo alegado por el recurrente, no fue erigido como causal de nulidad en los trece numerales que integran los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Se dirá, y en efecto así se considera en la demanda, que se trata de una nulidad constitucional. Sobre el particular importa repetir una vez más que la nulidad solo puede ser declarada en los casos taxativamente señalados en las dos disposiciones que acaban de citarse, y muy excepcionalmente, cuando las informalidades en el trámite del juicio son tan graves que al procesado se le juzgó con arbitrariedad, cercenándole de manera inconcusable el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, seis de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia del veintiúno de enero de mil novecientos sesenta y cuatro el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira confirmó plenamente la del veinte de agosto de mil novecientos sesenta y tres, proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, en la que se condenó al procesado HERNANDO ARIAS ACEVEDO (a. "El Montañero") a la pena principal de quince (15) años de presidio, más las accesorias correspondientes, y "a resarcir los daños y perjuicios civiles ocasionados con la transgresión", por considerarlo responsable de la muerte de Raúl Medina Osorio.

La sentencia de segundo grado fue recurrida en casación por el procesado y su defensor. Agotados los trámites propios del recurso, procede esta Sala a decidir.

Antecedentes.—El Juez de la causa sometió a la consideración del Jurado el siguiente cuestionario, que sintetiza los cargos formulados en el auto de proceder: "El acusado Hernando Arias Acevedo..., es responsable de haber tomado parte, como autor, 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, en los hechos que dieron como resultado la muerte del señor Raúl Medina Osorio, hecho ocurrido en las últimas horas de la tarde del veintitrés de septiembre de mil novecientos sesenta en las inmediaciones de la cantina denominada "Ventorrillo", ubicada en la zona suburbana de este municipio?" (fl. 39, Cd. 3º).

El Jurado respondió: "SI ES RESPONSABLE".

Respetando ese veredicto, por estimar que contaba con amplio respaldo en el acervo probatorio del proceso, el Juez de derecho profirió la sentencia condenatoria de que se habló al principio de este fallo, la cual, como también hubo de expresarse, mereció la confirmación del superior.

Importa ahora conocer circunstanciadamente la serie de hechos o actuaciones procesales que constituyen el fondo de la controversia ante la Corte. Sobre el particular la respuesta del Procurador contiene la siguiente cabal reseña:

"Ocurrió, en primer término, que al ser notificado el auto de enjuiciamiento criminal dictado el 22 de octubre de 1962, el procesado Hernando Arias Acevedo designó como defensor suyo al doctor César Pineda Gutiérrez, y, posteriormente, tanto aquél como éste último, ya revestido de la condición dicha, interpusieron oportu-

namente el recurso de apelación contra el referido auto. (Ver folios 25, 26, v., y 28 del cuaderno 3º).

"La alzada interpuesta fue concedida en el efecto suspensivo para ante el H. Tribunal Superior de Pereira, y para tal efecto los autos fueron remitidos al Superior.

"Estando en trámite el referido recurso sucedió que el señor defensor, por medio del correspondiente escrito, manifestó que desistía de la apelación del auto de proceder 'que hube de interponer en tiempo oportuno ante el señor Juez Segundo Superior de la ciudad'.

"Este desistimiento fue causa para que el *ad-quem* profiriera la providencia de fecha 25 de enero de 1963, a virtud de la cual se resolvió lo siguiente:

"'De conformidad con lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ADMITE EL DESISTIMIENTO propuesto por el doctor César Pineda G. y por su defendido HERNANDO ARIAS ACEVEDO'. (fls. 35 a 36 del cuad. 3º).

"La providencia que acaba de mencionarse fue notificada en forma personal al procesado Hernando Arias Acevedo y al señor Fiscal del H. Tribunal, quienes se abstuvieron de reclamarla (fl. 36 v., ibidem), por lo que surtidos los restantes trámites de secretaría, se dejó dicho por el Secretario del H. Tribunal de Pereira que el auto que admitía el desistimiento en cuestión había causado ejecutoria el 4 de febrero de 1963 (ver folio 36 v. id.).

"Así las cosas, se devolvió el expediente al Juzgado de origen, despacho éste que, mediante providencia del 7 de febrero del año últimamente citado, declaró 'legalmente ejecutoriado el auto de proceder'.

"En consecuencia, se dispuso también abrir a pruebas por el término de TRES DIAS el juicio para que las partes soliciten o presenten las que estimen convenientes.

"Esta última decisión judicial dictada por el *a-quo* fue notificada personalmente tanto al procesado Arias Acevedo como a su defensor, quienes por no haber presentado reparo alguno, consintieron que quedara en firme.

"En tal entendimiento, el defensor del procesado solicitó que se practicaran ciertas y determinadas pruebas, a lo cual accedió el juzgador (ver folios 40 y 41, id.).

"Verificadas las pruebas que se permitieron solicitar tanto el señor Fiscal como el señor defensor, la actuación procesal sufrió su natural desarrollo hasta el punto de llegar a la realización de la Vista Pública que culminó con el proferimiento de un veredicto condenatorio del acusado Arias Acevedo como autor y responsable del delito de asesinato del señor Raúl Medina Osorio. (fl. 59).

"Durante la celebración del juicio público y antes de que fuera proferida sentencia condenatoria por el Juez *a-quo*, no fue denunciado como constitutivo de nulidad el hecho de que a pesar de no haber desistido el procesado de la alzada interpuesta contra el auto de proceder, esta providencia hubiera sido declarada ejecutoriada.

"El señor defensor esperó los resultados del proceso o, más precisamente, de la Vista Pública. Esperó a que se dictara la sentencia de primera instancia, y porque ésta resultó desfavorable a las pretensiones de su patrocinado, fue por lo que por primera vez y por medio del escrito del folio 84 del cuaderno 3º, dio cuenta de la existencia de un quebrantamiento de forma que, en su sentir, vicia de nulidad el proceso seguido a su patrocinado".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La acusación se formula con apoyo en la causal de casación que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal consagra en su ordinal 4º: Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

No se trata en el presente caso de ninguno de los motivos de invalidez previstos en los artículos 198 y 199 del citado Estatuto, sino de uno que el actor eleva a la categoría de nulidad constitucional y que, en su sentir, surge del hecho de haberse declarado ejecutoriado el auto de proceder sin que el reo hubiera desistido previamente de la alzada que contra esa providencia había interpuesto.

El cargo se sustenta con un léxico vago y confuso, como puede observarse a través de los siguientes apartes del libelo:

"En estas circunstancias, se tiene H. Magistrado, que si mi defendido no desistió de dicho

recurso, no estaba el Tribunal en condiciones de entender 'equivocadamente' dicho desistimiento, con grave perjuicio para los intereses de la defensa, pues esa 'equivocación' le ha costado una condena, toda vez que la Sala Penal, tenía la obligación de atender el recurso de apelación, pues lo consideró lesivo de sus intereses y de ahí la protesta (sic) al enjuiciamiento hecho por el Juez *a-quo*.

"Por demás, el Tribunal, al caso de estudio desea salirse por la tangente para salvar su posición frente a la nulidad, diciendo, que el suscrito guardó silencio respecto ante la petición del recurso formulado por Arias Acevedo, la afirmación que por demás no es cierta, toda vez, que vine a notar dicha nulidad una vez que el veredicto se había pronunciado, a lo cual por demás se me debe dar crédito, hasta que se presente la prueba en contrario. Y desde luego que ello fue así, toda vez que al hacer un estudio a fondo del negocio, hube de percibir dicha nulidad, sin que por demás el Tribunal tenga la autoridad suficiente para presumir todo lo contrario, lo cual por demás da una idea de cómo y en qué forma se administra justicia por estas providencias.

"Así que al caso de estudio, H. Magistrado se violó el procedimiento penal, por cuanto ya viciado el juicio, con las razones antes expuestas, vinieron las sentencias de primera y segunda instancia, nulidad por demás que hube de formular al Tribunal y no al *Juez a-quo*, por cuanto vine a constatarla, cuando el expediente se encontraba en la secretaría de dicho Tribunal.

"Por demás, está bien que un funcionario cualquiera se equivoque. Pero admitir equivocaciones de esta naturaleza, y más aún cuando es el mismo Tribunal que lo dice en el fallo materia del recurso es inconcebible, e ilógico e ilegal".

En apartes posteriores considera el demandante que la actuación denunciada vulneró el derecho de defensa de Arias Acevedo, infringiéndose así el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En su réplica á la demanda la Procuraduría Primera Delegada estudia con toda amplitud el cargo aducido y concluye expresando enfáticamente que la acusación carece de todo fundamento. Y, acorde con ese criterio, pide a la Corte que *no case* la sentencia recurrida.

SE CONSIDERA:

Como lo observa con toda exactitud el señor Procurador en la reseña de la actuación procesal, el auto en que se declaró ejecutoriado el auto de proceder y se dispuso abrir a prueba el juicio por el término de tres días, "para que las partes soliciten o presenten las que estimen convenientes", fue notificado personalmente tanto al procesado Arias Acevedo como a su defensor, doctor César Pineda Gutiérrez. (fl. 37, Cuaderno 3º). Por tanto, es evidente que al no protestar el reo contra dicha providencia, ratificó tácitamente el desistimiento propuesto por su representante en el proceso.

De otro lado, no debe olvidarse que el hecho alegado no fue exigido como causal de nulidad en los trece numerales que integran los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Se dirá, y en efecto así se considera en la demanda, que se trata de una nulidad constitucional. Sobre el particular importa repetir una vez más que la nulidad sólo puede ser declarada en los casos taxativamente señalados en las dos disposiciones que acaban de citarse; y *muy excepcionalmente*, cuando las informalidades en el trámite del juicio son tan graves, que al procesado se le juzgó con arbitrariedad, cercenándole de manera incontestable el derecho de defensa. No es ese, ciertamente, el caso que aquí se contempla. El juicio se desenvolvió y culminó sin que se quebrantaran las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta.

En consecuencia, el recurso estudiado habrá de resolverse en armonía con el acertado criterio que en su oportunidad expuso el señor Procurador, opinión que, en esencia, resumen los siguientes párrafos del respectivo concepto:

"Sin la menor vacilación el suscrito Procurador Delegado comparte todas y cada una de las razones con las cuales el *ad-quem* en la sentencia impugnada supo demostrar cómo es cierto que el vicio del procedimiento denunciado por el entonces defensor del procesado Arias Acevedo apenas existe en la mente de éste, y no es más que una simple argucia.

"Porque la verdad es que la posición asumida por el señor demandante doctor Pineda Gutiérrez es insostenible y raya en el absurdo.

"En efecto, creyendo él y en otra hora que defendía con eficacia los intereses de su representado en las instancias del juicio, desistió legalmente de la apelación que había interpuesto contra el auto de vocación a juicio, para acelerar la marcha del proceso. Y por creer ahora que cumple también con la representación que lleva ante la H. Corte, reconoce implícitamente que

contrarió la voluntad de su antiguo defendido porque si éste no desistió de aquella alzada, él sí lo hizo, dando así lugar a que viniera a generarse una violación de las garantías otorgadas por el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Pero, además, ocurre que el señor demandante al sustentar la causal de casación que invoca, olvida que su representado en las instancias nunca se opuso —como atrás se ha visto— al desistimiento que su defensor hizo de la apelación interpuesta. Por el contrario, aprobó ese desistimiento al no protestar contra el auto que declaraba ejecutoriada la providencia enjuiciatoria, con la que ratificó tácitamente la actuación de su representante.

"No pueden, pues, el señor apoderado Pineda Gutiérrez y el reo Arias Acevedo creer a la justicia tan incauta como para aceptar la alegación que en la demanda se formula con el propósito de hacer caer un fallo que por mandato de la ley se presume jurídico.

"Pero sucede, a su vez, que el impugnador olvida que el ejercicio del poder que le confirió el acusado Arias Acevedo, una vez que este último fue llamado a responder de un asesinato ante la justicia del pueblo, supone el ejercicio de la facultad de desistir como desistió de la referida apelación.

"Al hacerlo, obraba en nombre del acusado y al consentir el reo el auto que declaró ejecutoriado el de proceder, desapareció todo motivo para alegar después que habían sido conculcados los derechos de defensa.

"De modo y suerte tales que el planteamiento hecho en la demanda, ha caído por su base. Por lo mismo, la causal cuarta no prospera, en sentir de la Procuraduría".

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó a HERNANDO ARIAS ACEVEDO (a. "El Montañeto") a la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable de la muerte de Raúl Medina Osorio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Insértese en la *Gaceta Judicial*".

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

E C E O

La prueba pericial no es la única eficaz para comprobar la violencia cuando ella es elemento del delito.—Evaluación de las pruebas aportadas al proceso.—Función de la Corte en casos de estimación de la prueba.—Causales 2ª y 1ª de casación.—

La Sala ha dicho en repetidos fallos que la función de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquéllos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin fundamento mayor, otro distinto, y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Por sentencia de 3 de mayo de 1963 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué condenó por el delito de robo a TIBURCIO CASTAÑEDA a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes y absolvió por el mismo ilícito a Elías Zambrano Calderón y a Rozo Octavo Arias.

El Tribunal Superior de la misma ciudad, al revisar por apelación y consulta esa sentencia, la confirmó mediante la suya de 3 de junio de 1964.

Contra este fallo interpuso Castañeda recurso de casación. Concedido y rituado él conforme a la ley, se procede a desatarlo.

ANTECEDENTES:

El hecho que en esa forma se sanciona ocurrió en Ibagué en la madrugada del 17 de enero de 1963 en que de la residencia y cantina (burdel) de Juan Bautista Calvache Gutiérrez le fueron sustraídos los objetos que se señala en su denuncia, folio 1, y que en la ampliación de ésta, folio 40 vuelto, determina con mayor precisión, entre ellos una grabadora de cinta magnetofónica marca "Silvertone", distinguida con el número 6072, con sus accesorios, y dos carabinas, una marca "Diana" y otra "Rémington", los cuales, folio 80 vuelto, previa discriminación de sus valores, fueron justipreciados en la suma total de $ 3.000.00.

De tales objetos sólo la grabadora pudo ser recuperada, y sobre la propiedad y preexistencia de la misma se allegaron los testimonios de Oscar Olivio Riascos Hurtado, folio 71, y de Jorge Eduardo Ayala Mayano, folio 71 vuelto, lo mismo que la correspondiente factura de compra, folio 79.

El hecho según el denunciante ocurrió no estando él presente en el sitio teatro de los acontecimientos, "porque yo salí de la casa —dice— un momento antes". Asevera que para cometer el robo "violaron el candado de la calle y también abrieron la puerta del contraportón". Al ampliar por primera vez su denuncia, reafirma que para efectuar el robo "los antisociales rompieron un candado "Mitud" que es bastante fino". Y luégo en nueva ampliación que hizo a instancias del Tribunal, folio 196 vuelto, manifiesta que al salir tuvo que echarle candado a la puerta de la calle, que advirtió a los que quedaron durmiendo dentro de la casa o grill "Americano", que quedaban encerrados y que en caso que no regresara, tenían que salir por la puerta del lado del bar, "donde había una puerta trancada por dentro", y agrega "el contraportón (o sea el portón frente al que quedó con candado), quedó asegurado también con un pestillo que desde afuera se podía abrir introduciendo

la mano por un hueco y halando una piola". Expresa finalmente lo siguiente:

"Para penetrar los ladrones, rompieron el candado a que me he referido, pues éste no apareció; este hecho no puede ser establecido mediante inspección ocular, ya que el candado, como dije, desapareció y de ello no hay huella; luégo de haber penetrado al portón, forzaron el marco de la puerta que hace de contraportón, en tal forma que levantaron dicho marco empujando (sic) hasta poder introducir una mano y desde fuera desasegurar el pestillo; tal marco fue reparado y de ello no quedó huella...".

También por orden del Tribunal se recibió el testimonio de Juan Bautista Calvache Rivas, padre del denunciante, quien verifica, folio 197 vuelto, lo declarado por su hijo y afirma que cuando éste regresó en la madrugada de autos "no encontró el candado y la puerta estaba abierta ya sin candado". Y al preguntársele si los ladrones para penetrar a la casa violentaron alguna cerradura o puerta u otro objeto, contestó: "Ellos no hicieron violencia de ninguna clase, lo único que hicieron fue abrir el candado que aseguraba la puerta".

No obstante, el Tribunal insistió en que debía practicarse la diligencia de inspección ocular "para averiguar lo de la posible violencia", en la comisión del delito y naturalmente esa prueba, que dejó de realizarse a raíz de los hechos, dio resultado negativo, folios 203 vuelto y 204.

Por otra parte, la grabadora fue decomisada por la autoridad en el Almacén de Radios y Taller de reparaciones de Luis E. Rodríguez donde se estaba exhibiendo. En tal oportunidad Rodríguez manifestó que dicho aparato se lo había dejado allí el señor Elías Zambrano Calderón con el objeto de que se lo vendiera, y en el informe que los agentes del DAS rindieron sobre el asunto, folio 3, se lee:

"..., Ya en esta Seccional, el señor Elías Zambrano nos manifestó que dicho aparato se lo había comprado a un sujeto a quien conocía de vista pero cuyo nombre desconocía, agregando que estaba en capacidad de indicarnos el lugar donde vivía. En el día de ayer siendo las 06:00 horas, nos trasladamos a la carrera primera sur casa distinguida con el número 24-01, lugar de residencia del sujeto señalado por el señor Zambrano, siendo capturado allí, y en donde practicamos minuciosa requisa en vía de obtener la recuperación de los demás objetos, diligencia que se cumplió con resultados negativos... El capturado dijo llamarse Tiburcio Castañeda, y niega rotundamente los cargos que contra él hace el señor Zambrano.

"En un reconocimiento practicado en esta Seccional en rueda de presos del sujeto Tiburcio Castañeda por parte del sujeto Zambrano, éste no vaciló en señalarlo como la persona que le vendió la grabadora dizque por la suma de ochocientos pesos ($ 800.00).

"Cabe agregar que Elías Zambrano al ser capturado nos manifestó también que el tal Castañeda cuando le había vendido el aparato, le había dicho que ese mismo día había vendido dos carabinas para cacería, y que también le ofreció en venta el radio anteriormente citado".

Posteriormente, folio 32, los mismos agentes complementaron ese informe. Al respecto expresan cómo procedieron en compañía de Zambrano a localizar la residencia del presunto vendedor de la grabadora, y añade: "A las 06:00 horas del día 23 de enero del año en curso, llevamos a cabo una ronda en la casa de Castañeda, por lo cual manifestó éste que eso con seguridad el que les había echado el "DAS" encima o los detectives, debió ser el muchacho ese que había estado el día anterior hablándole del negocio de un radio".

Elías Zambrano en su indagatoria, folios 5 a 8, manifiesta que el 19 de enero de 1963 fue a la casa de Tiburcio Castañeda quien le ofreció en venta una grabadora y un radio "que tenía cerca a la cabecera de la cama"; que le compró la grabadora por ochocientos pesos; que este negocio lo presenció el señor Roso Octavo; que cuando Castañeda sacó la caja de cartón que contenía la grabadora e hizo parar un carro de plaza y la echó al puesto de atrás de dicho vehículo, pasaron por el lugar Eusebio Lasso y Luis A. Córdoba a quienes cita como presenciales de tal hecho. Que yendo en ese automóvil subió a él Omar González y que éste al llegar al taller de Rodríguez bajó la grabadora y que allí la ensayaron y la dejó para que fuera vendida. Luégo al ser interrogado aclara y precisa su versión afirmando al responder una pregunta que el día de los hechos, a las 4 de la mañana, viajó a Bogotá en un bus de la flota Bolivariana en compañía de Gilberto Lozano y que con éste y Juan José Martínez, en el bus de las cinco y media de la tarde del mismo día, regresó a Ibagué a donde llegaron "como a las diez pasaditas de la noche".

En la diligencia de careo que sostuvo con Castañeda, folio 30, vuelve a repetir en forma más coordinada y completa esa versión. Relata en

ella un episodio que omitió relacionar en su indagatoria, o sea que el sábado 19 de enero en que le compró la grabadora a Tiburcio Castañeda, éste se la ofreció "en un café de la calle 16 con carrera 2ª, por ahí a las horas del medio día, donde me dijo —expresa— que si siempre me iba a quedar con el aparato y yo le dije que iba a ver si conseguía la plata o si no que le traía un cheque; ahí se trató o nos relató la vaina de las carabinas que dizque había vendido en esos días", circunstancia esta última a la que se refiere así en su injurada:

"Quiero advertir de una vez que el señor Tiburcio Castañeda me dijo al momento de hacer el negocio que la noche anterior había tenido que vender dos carabinas porque estaba necesitado de plata y que por eso estaba vendiendo lo que tenía y me contó que se las habían llevado a las ocho de la noche del viernes 18 del presente mes de enero, las cuales había vendido para una finca; también el señor Tiburcio Castañeda me mostró allá en la casa de él unos tiritos de la "U" y me dijo que una de las carabinas vendidas era para esa clase de parque y que de la otra no sabía ni el manejo ni sabía qué parque necesitaba".

Además, anuncia en esa diligencia que el testimonio de Rozo le será desfavorable. Refiere sobre el particular que el sábado 27 del mes de enero en mención, fueron a visitarlo a la cárcel varios amigos entre ellos el señor Rozo Octavo.

En la citada diligencia de careo entre Zambrano Calderón y él, refiere de nuevo los hechos y reitera los cargos. Rozo torna a negarlos y a mostrarse ajeno a todo lo ocurrido.

Sin embargo, todos los testigos que Zambrano nombra en las precitadas diligencias, excepción hecha de Rozo que desaparece de la escena hasta cuando logra ser capturado y se lo indaga el 22 de febrero de 1963, verifican las referencias que de ellos hizo aquél (fls. 16 y 49, 18, 21, 22, 23 y 42).

Además, Eusebio Lasso y Juan José Martínez reconocen en diligencia de rueda de presos, folio 26, a Tiburcio Castañeda como la persona a que ellos aluden en sus declaraciones. Al final de esta diligencia se lee lo siguiente: "En este momento se hizo de presente el doctor Fernando Paz Ayala, apoderado del sindicado Castañeda el cual solicita se deje constancia que según afirmaciones de mi cliente, los señores testigos que acaban de reconocerlo se presentaron a este establecimiento carcelario el día sábado de la última semana, le hicieron llamar y lo reconocieron previamente. Sobre esta circunstancia haré hincapié en próxima solicitud".

Careados tales testigos con Castañeda, folios 35 y 37, éste les hace el cargo de haber ido al penal con anterioridad a la práctica de aquella diligencia a reconocerlo. Ambos, empero, rechazan ese cargo. Repiten lo que afirmaron en sus declaraciones, y es gráfica la expresión que al respecto emplea Lasso Barrios: "Mis ojos vieron cuando este señor sacó la caja y la echó al carro y pido que las autoridades no les ayuden a los pícaros para que tengamos paz".

En el careo entre Castañeda y Juan José Martínez, folio 35, aquél solicita para demostrar dicho cargo que se llamen a declarar a los detenidos Luis Alfonso Romero, Ernesto de Jesús Ramos, Luis Reyes y al guardián Alvaro Segura.

El primero verifica la cita, folio 43; el tercero dice que no sabe nada sobre el particular, folio 44; el segundo, folio 45, que Eusebio Lasso le pasó a Tiburcio unos cigarrillos desde fuera por la ventanilla, que no se dio cuenta si fue sólo o acompañado y que Lasso no entró a la guardia. Lo que asevera este declarante se contrapone con lo que refiere el primero. Finalmente, Alvaro Segura, folio 46 vuelto, manifiesta que el detective que llegó al penal es de apellido Rodríguez, que Castañeda conversó con éste y que al entrar el detective llegó con otra persona.

Rozo Octavo Arias en su indagatoria, folio 93, asevera que Zambrano lo mandó llamar para que le diera una declaración y demostrar con ella que había comprado un objeto, sin decirle de qué objeto se trataba. Niega en estos términos la cita que aquél le hace en su injurada: "Eso no es cierto. No conozco a ningún Tiburcio Castañeda.

No he estado en la residencia a que se refiere la pregunta". Manifiesta igualmente que varias personas fueron a su casa a proponerle que declarara en favor de Zambrano, entre ellas Juan José Martínez Lozano y Melco Medina.

Careados Zambrano y Rozo, folio 100, cada cual se sostiene en sus divergentes puntos de vista.

Teófilo Silva declara, folio 76, verificando la versión que en su indagatoria dio el procesado Zambrano en relación con el automóvil que una vez comprada la grabadora lo condujo al Almacén Rodríguez. Silva dice que él fue el chofer que manejaba ese vehículo "color marrón cromado", que al transitar por la ruta que seña-

la, en la calle 25 con carrera 1ª sur le hicieron parar unos señores; que abrió la puerta de atrás y que en el puesto de ese mismo lado echaron una caja de cartón amarrada con una cabuya; que uno de esos señores le dijo que lo trajera al centro de la ciudad, y agrega:

"... más o menos a la media cuadra, precisamente en la esquina de la carrera 1ª sur con la misma calle 25, estaba a mano derecha un señor ahí parado y el pasajero me hizo parar para que lo trajéramos; entonces se subió el otro señor que es de gafas y que trabaja en un taller de radio, al cual conozco también de vista pero no le se el nombre; este último señor se subió al puesto de atrás; cuando iba por la carrera 3ª entre calles 17 y 18, frente a un taller de radio, me dijeron que parara ahí; paré en "doble parada", es decir, que a mi izquierda subiendo por la tercera y frente al taller mencionado, había estacionado uno o varios vehículos; se bajaron los dos señores, sacando el de atrás o sea el de gafas la caja y el de adelante me pagó la carrera y yo arranqué y me fuí".

A instancias del Tribunal, declara de nuevo Teófilo Silva, folio 198. Presentes Omar González y Elías Zambrano Calderón, reconoció a éstos como las personas a quienes se refirió en su deposición y que condujo en su vehículo en la forma que él dice. Se reconstruyó este episodio y señaló el sitio en que se le hizo parar y se echó a su carro la caja de cartón; "tal sitio —se observa en este testimonio— queda precisamente a pocos metros y por la misma calle donde está la casa marcada en su puerta de entrada con el número 24-61, o sea la casa donde fue capturado el señor Tiburcio Castañeda Sánchez; luégo el declarante Silva subió una cuadra o sea a la esquina de la calle 25 con carrera 1ª, donde explicó que había recogido al señor Omar González por orden del pasajero Zambrano Calderón y que luégo los había llevado a un taller de reparación de radio que está situado en esta ciudad en la carrera 3ª entre calles 17 y 18...".

Conviene advertir que en auto de 5 de febrero de 1963 se decretó, por el delito de robo, la detención preventiva de Elías Zambrano Calderón y de Tiburcio Castañeda. Por el de 15 del mismo mes se revocó aquél en lo referente al primero de tales sindicados.

En dichas circunstancias se profirió la sentencia de primer grado. En ella se relacionan todas las pruebas hasta entonces recogidas. En su parte considerativa se confrontan, analizan y evalúan.

Se estima que la materialidad del delito se encuentra plenamente demostrada con el hallazgo de la grabadora eléctrica que fuera sustraída, mediante ruptura de las cerraduras, de la habitación del denunciante". Se emplaza ese delito "en el numeral 3º del artículo 404 del C. Penal, por estar comprobado también que el objeto recuperado fue sustraído de un lugar habitado mediante la efracción de los candados con los cuales aseguraba el denunciante las puertas de entrada a su residencia pues, aun cuando ello no fue comprobado en forma pericial ni judicialmente, ha de otorgarse plena credibilidad al denunciante en ese respecto, por no estar infirmado su dicho".

Se justiprecia igualmente a través de todas esas pruebas el aspecto subjetivo del hecho para llegar, tras de razonado análisis de los elementos de cargo y de descargo, a la conclusión "de que, evidentemente, Castañeda fue quien vendió la grabadora a Zambrano y que, por tanto, aquél debió adquirirla como autor o partícipe del robo denunciado en cuanto su pretensión de aparecer desvinculado por completo de esa negociación lo compromete seriamente al indicar necesariamente un manifiesto propósito de ocultar su responsabilidad".

El Tribunal por su parte funda la sentencia recurrida en los testimonios de Luis Eduardo Rodríguez, Eusebio Lasso Bárrios, Juan José Martínez Lozano, Luis Arnulfo Córdoba Porras, Omar González, Jorge Enrique Daza y especialmente en el de Teófilo Silva:

"Una cosa existe en el expediente —expresa—, que nos ilustra en forma muy diciente acerca de que el tantas veces referido Tiburcio Castañeda fue el individuo que en la calle 25 con carrera 1ª sur, le entregó a Elías Zambrano la caja dentro de la cual iba esa grabadora y es la siguiente: Teófilo Silva chofer del vehículo que recogió a Zambrano y a Omar González para conducirlos al almacén de Rodríguez, es una persona independiente y ajena al problema que en este caso se debate y extraña respecto a quienes por tal motivo han comparecido ante la justicia. Pues bien, el Tribunal dispuso que se interrogara al dicho señor Silva en el teatro de los acontecimientos e indicara el sitio preciso en donde había visto salir al de la mentada caja cuando se la entregó a Zambrano. Lo cual se cumplió cabalmente, dando motivo para que el investigador... dejara la siguiente constancia: "... tal sitio queda precisamente a pocos metros y por la misma calle donde está la casa marca-

da en su puerta de entrada con el número 24-61, o sea la casa donde fue capturado el señor Tiburcio Castañeda Sánchez".

Llega así *el ad-quem*, por la vía del análisis de los distintos elementos de juicio que constituyen la investigación, a las mismas conclusiones del *a-quo*.

DEMANDA Y RESPUESTA

El actor divide su libelo en tres capítulos. En el primero se refiere someramente a los hechos y a la actuación procesal; en el segundo invoca contra la sentencia recurrida la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y a través de ella formula cuatro cargos, y en el tercero aduce, por dos conceptos, como subsidiaria de la anterior, la primera de dicho texto.

El Ministerio Público al emitir su concepto sobre la cuestión subjudice, considera —previa confrontación de las argumentaciones del actor con los elementos de prueba que sustentan aquel fallo— que no se demostró la causal segunda y que, por ende, la primera propuesta como consecuencia, tampoco tiene ninguna validez.

La Sala procede a sopesarlas, así:

Causal segunda

Primer cargo: Se formula en estos términos: "La sentencia recurrida, por errada interpretación y apreciación le dio un valor probatorio que no tienen a las declaraciones de JUAN BAUTISTA CALVACHI (sic) GUTIERREZ, LUIS EDUARDO RODRIGUEZ, EUSEBIO LASSO BARRIOS, JUAN JOSE MARTINEZ LOZANO, LUIS ARNULFO CORDOBA, OMAR GONZALEZ GOMEZ, JORGE ENRIQUE DAZA y ELIAS ZAMBRANO C.".

Para demostrarlo se asevera que la sentencia le da plena validez a la declaración del denunciante Calvache para tipificar el delito de robo, ya que esta es la única prueba que aporta la investigación sobre la violencia ejercida sobre el candado que según él aseguraba por los lados de la calle la puerta que daba acceso al lugar donde se cometió el delito, y que esa prueba carece de dicho valor porque el propio Tribunal la considera insuficiente 'al ordenar aclarar lo referente a la posible violencia por medio de inspección ocular o mediante prueba testimonial'; porque los resultados de tal inspección fueron de carácter negativo; porque "La única prueba que abonaría lo dicho por el denunciante es la declaración de su propio padre (folio 197 vto.), que no se cita en la sentencia, a la que por eso mismo no se le dio valor alguno y quien manifestó que "ellos (los delincuentes) no hicieron violencia de ninguna clase, lo único que hicieron fue abrir el candado que aseguraba la puerta...."; porque este mismo declarante manifiesta que él no se dio cuenta del robo; porque el lugar en que ocurrió éste era por entonces un "establecimiento de diversión y casa de lenocinio", y este hecho no fue considerado por el Tribunal "para establecer por lo menos como dudoso el hecho de que la puerta hubiera sido asegurada con candado por el denunciante al salir en la noche de autos, siendo que esos establecimientos permanecen abiertos durante toda la noche y a ellos entra y sale gente...."; porque el testimonio de Calvache Gutiérrez "además de ser declaración de denunciante y por consiguiente testigo interesado en las resultas del proceso, pesa sobre él la condición moral de dueño de casa de lenocinio".

De donde concluye que excluída esta prueba se estaría en presencia de un delito de hurto y no de robo y que al considerar el Tribunal como completa esa prueba, lo hizo contrariando los artículos 204, 205 y 224 del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, y en relación con este mismo cargo, el actor demerita también el valor de las declaraciones de Elías Zambrano, Luis Rodríguez, Eusebio Lasso, Luis A. Córdoba, Juan J. Martínez, Omar González y Jorge E. Daza, diciendo que todas se refieren al mismo indicio, o sea que Zambrano compró la grabadora a Castañeda.

Alude luégo a la indagatoria de aquél y a los cargos que en ella le hizo a éste, y asevera que a su testimonio se le dio plena validez sin tener en cuenta de que es acusación de acusado, de que está desvirtuado por la primera declaración de Luis Rodríguez y desmentido por Rozo Octavo.

Tacha en seguida como sospechosas las declaraciones de Eusebio Lasso y Luis Córdoba "por tratarse de amigos de Zambrano, y en cuanto al primero de un excontacto del delito de hurto".

La declaración de Omar González —agrega— tampoco tiene el valor que se le otorgó porque aun en el caso de que sea cierta, muy improbable por cierto, ella simplemente abona el hecho de que fue recogido en un catro por Zambrano cuando traía la grabadora.

"La declaración de Juan J. Martínez, tomada también como cierta por el juzgador, se cae por su propia base, porque no fue citado inicialmente por Zambrano como testigo de la negociación lo que era absolutamente lógico si en realidad hubiese sido testigo de esa negociación".

Se responde:

Es cierto que tanto el *a-quo* como el Tribunal le dieron plena validez a la declaración del denunciante para tipificar como robo el delito cometido y que esa es la única prueba demostrativa de la violencia presuntiva que conlleva el hecho de apoderarse de lo ajeno en la forma que in fine prevé el ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal.

Cae de su peso que practicada la diligencia de inspección ocular que ordenó el Tribunal y a la que se refiere el actor, por las razones que adujo el propio denunciante acerca de que ya toda huella de violencia había desaparecido, tenía que dar como dio resultado negativo. Pero es obvio que la conclusión a que llegaron los peritos no quiere decir que el delito no se hubiere perpetrado en la forma que indica el denunciante. Tampoco que el Tribunal aceptara, al ordenar esa prueba, que la referida violencia no estaba suficientemente acreditada. Se trata de una suposición del demandante, porque el hecho mismo de no aludirse en la sentencia recurrida a esa prueba y haber considerado el delito cometido como robo agravado, está claramente indicando lo contrario.

Por otra parte, si Calvache Rivas asevera por un lado que los ladrones no hicieron violencia de ninguna clase, por otro agrega: "lo único que hicieron fue abrir el candado que aseguraba la puerta", y esto es lo que jurídicamente se entiende por violencia en el caso de autos. Lo que ocurre es que Calvache Rivas se expresa en el común lenguaje. Su testimonio —ya se indicó— armoniza con el de su hijo, y nada hay en él que desvirtúe lo que éste afirma. Se explica así que en la sentencia no se hubiera citado esa declaración.

No es tampoco exacto que el Tribunal hubiera pasado inadvertida la índole del lugar en que se consumó el robo. De casa-burdel lo denomina. Y es incuestionable, de acuerdo con lo que el mismo demandante manifiesta, que era un lugar habitado.

Que la puerta no hubiera sido asegurada con el candado y que hubiera estado abierta, es otra suposición del actor que contrasta con el testimonio del denunciante y del propio Calvache Rivas.

Todo, en consecuencia, se reduce por este aspecto a esta simple cuestión: podía el *ad-quem* aceptar como plena prueba de aquella violencia presuntiva (y aún real), el testimonio del denunciante? La respuesta no puede ser sino afirmativa: 1º porque en él no se advierte ningún motivo de los que inducen a falsear la prueba; 2º porque era del arbitrio del juzgador asignarle su correspondiente valor, y 3º por lo que la Sala en casos similares ha expresado en estos términos:

"La ley procesal (artículo 311) establece la prueba pericial para comprobar la violencia cuando ella constituye elemento del delito (el robo y la extorsión, por ejemplo), más ello no significa que esa prueba sea la única eficaz, ya que tratándose de huellas o señales accesibles a los sentidos, la prueba testimonial puede sustituir 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).

Asevera también el actor que los testimonios de Elías Zambrano, Luis Rodríguez, Eusebio Lasso, Luis A. Córdoba, Juan J. Martínez, Omar González y Jorge Daza se refieren al mismo indicio.

A esto se contesta con lo que expresa así el Ministerio Público: "No es verdad que las declaraciones que anteriormente se citaron tiendan a comprobar la existencia de un solo indicio: el de que Zambrano compró la grabadora a Castañeda. Estas declaraciones son múltiples en su significado y contenido y dan fe de la existencia del negocio, así como también de los incidentes que lo rodearon".

Que se hubiera dado plena validez al testimonio de Elías Zambrano es obvio, en virtud de las razones que aducen al respecto los juzgadores de instancia. Vale decir, porque lo que él dijo en su indagatoria no sólo no aparece desvirtuado por otras probanzas, sino que al contrario fue corroborado por diferentes elementos de juicio.

Empero, el demandante expresa que la declaración de Rozo Octavo desmiente la versión de Zambrano por no haber verificado aquél la cita que éste le hizo como testigo presencial de la negociación.

Así se afirmó también en las instancias, tal como si el testimonio insular de Rozo fuera la

medida de la verdad y la única prueba de confrontación del relato de Zambrano.

No es admisible tampoco la aseveración hecha por el actor de que esa misma versión esté desvirtuada por la primera declaración de Luis E. Rodríguez, según la cual Zambrano le había ofrecido a éste la grabadora para que se la vendiera, no el 19 como dice el último sino el 16 o el 17 de enero como afirma aquél, porque lo que al respecto expresa dicho declarante se desvanece "no solo con el testimonio veraz y preciso de Omar González, quien dijo que ese hecho sucedió el mismo día sábado en que acompañó a Zambrano a buscar el aparato, sino con las propias palabras del mencionado Rodríguez cuando dice en su primera exposición, en forma contradictoria, que al día siguiente de ese ofrecimiento Zambrano llevó la grabadora a su almacén, con lo cual se llegaría a la conclusión de que no fue el 16 ni el 17 de enero, como lo dijo en un principio, el día en que Zambrano le hizo aquella manifestación, sino el 18 de ese mes, pues está plenamente establecido que fue el sábado 19, durante las primeras horas de la tarde, cuando Zambrano consignó para la venta aquel objeto".

Además, el intento de mostrar como sospechosas las declaraciones de Lasso y de Córdoba por los motivos que insinúa el actor, constituye una simple opinión de su parte. Lo mismo ocurre con el concepto que le merecen otros testimonios.

Segundo cargo: "La sentencia acusada desconoció el valor de las declaraciones de Rozo Octavo, Alvaro Segura, Luis Alfonso Romero, Ernesto Ramos y Blas Machado. Estos últimos aun cuando no coinciden en los detalles sí son acordes en manifestar que Tiburcio Castañeda sí fue sacado antes del reconocimiento y visto por dos personas entre las que se encontraba Eusebio Lasso. El Tribunal les desconoce todo valor probatorio porque existen algunas pequeñas contradicciones en cuanto a la forma como dicen ellos que Lasso y el otro sujeto vieron a Castañeda".

Se responde:

Tuvo la Sala el cuidado de relacionar detalladamente los hechos y las pruebas. Frente a ellos el cargo resulta totalmente infundado. El Tribunal no les reconoció ningún valor a aquellos testimonios pero por razones que el juez *a-quo* expresa así:

"Tampoco podrían rechazarse aquellas comprobaciones por el hecho de que los declarantes Lasso y Martínez hubieran logrado conocer habilidosamente a Castañeda antes de reconocerlo, como se ha tratado de demostrar con los testimonios del guardián Segura y de los reclusos Romero Restrepo, Reyes, Ramos y Machado, pues aun desechando las declaraciones de aquéllos quedarían obrando los anteriores indicios circunstanciales deducidos. Pero, si es cierto que los citados Lasso y Martínez aceptaron haberse acercado a la penitenciaría el día en que Castañeda fue visitado por un detective, como se dice, tampoco puede llegarse a la conclusión inequívoca de que hubieran tenido o logrado ese propósito, ya que existe una notoria y completa contradicción entre aquellos declarantes cuando mencionan cuantas personas fueron en busca de Castañeda, dónde se ubicaron para verlo y cuál de ellas le entregó a éste los cigarrillos que le obsequiaron. Como ya se observó, al paso que el guardián Segura afirmó que el detective estaba acompañado de otro individuo que no era Lasso, a quien conocía suficientemente, y que el mismo Castañeda le dijo que el detective fue quien le entregó los cigarrillos, el ordenanza Romero asevera que fueron dos los acompañantes del agente, Machado sostiene que uno de ellos era Lasso, y Ramos asegura que éste entregó directamente a Castañeda los cigarrillos pasándolos por la ventanilla o reja de la puerta, ya que no entró al "pasillo".

"Es claro, entonces, que ante tales contradicciones no pueda admitirse en forma concluyente que la diligencia de reconocimiento en que actuaron los testigos Lasso y Martínez sea de ningún valor, pues aunque éstos hubieran aceptado que estuvieron en la penitenciaría no se ha demostrado plenamente que lograron reconocer previamente a Castañeda; con este mismo argumento podría decirse también que fue cierto que Octavo logró prevenir a Castañeda y al recluso Pedro Antonio González, como se afirmó por Zambrano, ya que Octavo no sólo admitió haber estado en el establecimiento carcelario ya citado sino que se contradijo al mencionar el día en que estuvo allí y aparece también en abierta contradicción con el testimonio de David Díaz Acevedo".

Que erró el Tribunal en la evaluación de esas pruebas, desechándolas, es lo que el demandante ha debido demostrar y no demostró.

Tercer cargo: "La sentencia recurrida no le dio valor probatorio alguno a las declaraciones de Jaime Octavo Montaña, Plinio Zárate Alvarez y Pedro Mora Galindo, que acreditan el hecho de que el día 19 de enero el señor Rozo Octavo estuvo en su establecimiento y por lo tanto

no podía estar acompañado de Zambrano como falsamente lo afirma éste, y a la de Misael Hernández Nieto, quien manifestó que el día 19 de enero estuvo todo el día en la casa donde vive Castañeda y que no vio entrar allí a Roza Octavo".

Cuarto cargo: "La sentencia le da un valor inusitado a la declaración del chofer Teófilo Silva, en el carro (sic) de quien Zambrano dijo haber llevado la grabadora. Esta declaración también sospechosa porque es del chofer de un carro distinto del cual Rodríguez vio bajar la grabadora a Zambrano, aun teniéndose por cierta simplemente abona el hecho de que recogió en una esquina cercana a la casa de Castañeda a Zambrano, lo que no alcanza a constituir siquiera un indicio no necesario de responsabilidad contra el recurrente".

Se contesta:

El actor enuncia esos cargos pero no los demuestra. A la apreciación del juzgador contrapone la suya y le parece que esto basta. Inclusive que no afirma la existencia del error sino el hecho escueto en que pretende fundarlo. El examen probatorio no le preocupa.

Sin embargo, la Sala ha dicho en repetidos fallos que la función de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin fundamento mayor otro distinto, y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales.

Es lo que en este caso se ha pretendido por parte del actor y ello es francamente inadmisible.

Causal primera

A través de ella se formulan dos cargos cuyo estudio huelga, pues siendo infundada la anterior que se adujo como principal, es inane ésta, que se invoca como subsidiaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se contrae este fallo y ORDENA que se devuelva el proceso al Tribunal Superior de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL POR PRETERMISION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO.—SUJETO PASIVO DE LA ACCION PENAL, MENOR DE VEINTIUN AÑOS, QUE NO FUE ASISTIDO POR SU REPRESENTANTE LEGAL, NI POR UN CURADOR AD-LITEM, COMO LO ORDENA EL ARTICULO 104 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta interpuso recurso de casación contra la sentencia de esa Corporación calendada al tres (3) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965) que confirmó en todas sus partes la dictada por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Cúcuta el cuatro (4) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) a virtud de la cual fueron condenados DAGOBERTO PEREZ, FELIPE y TIBERIO CALLO y FERMIN CABALLERO, por el delito de hurto, a la pena principal de tres (3) años de prisión y a las accesorias de rigor.

Al fundamentar su demanda, el señor Fiscal expresó, entre otras cosas:

"UNICA CAUSAL QUE ADUZCO

"La cuarta señalada en el artículo 567 del C. de P. P., 'cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad'.

'Los fundamentos son los siguientes:

PRIMER CARGO.—No se estableció legalmente el valor de los objetos hurtados y en consecuencia no se ha determinado la competencia.

"El señor Luis Peña, propietario de las cosas sustraídas, en su declaración rendida ante el señor Corregidor de Puerto Santander expresó, al preguntársele sobre su valor:

"'Como dije antes el dinamo o generador UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.00), una hamaca avaluada en cien pesos ($ 100.00), una llave de mecánica ($ 25.00). Eso es todo'.

"Al folio 16 del cuaderno principal aparece el acta de una diligencia denominada 'de posesión y avalúo, en que las cosas materia de la infracción fueron avaluadas en la suma de tres mil seiscientos cinco pesos ($ 3.605.00); pero este avalúo carece de valor, porque los señores Pedro Sánchez Angarita y José Antonio Ros no aparece que hubieran sido nombrados peritos por el funcionario de instrucción, tal como se afirma al comienzo del acta. Esto se comprueba fácilmente con una revisión del expediente.

"En materia penal los peritos son designados por el Juez o el funcionario de instrucción, según se deduce de los artículos 257 y 258 del C. de P. P., sin que en su escogencia puedan intervenir las personas interesadas en el proceso, con el fin de garantizar su imparcialidad. El nombramiento puede hacerse en el mismo auto que decreta la prueba o en uno posterior y deben tomar posesión ante el funcionario que los hubiere designado.

De manera, que careciendo de valor el avalúo practicado en el proceso, por la sencilla razón de que los peritos no fueron designados por el funcionario de instrucción, es obvio que no se ha determinado cuál es el Juez competente para conocer del proceso, porque si la cuantía excede de cien pesos y no es superior a dos mil conocen los Jueces Municipales y si pasa de dos mil y no es mayor de cinco mil les corresponde conocer a los Jueces de Circuito, de acuerdo con los Decretos 3347 de 1950 y 0023 de 1957.

"Sobra decir que según el valor fijado por el dueño de los objetos, señor Luis Peña, la competencia sería de los Jueces Municipales.

"Además, no estando determinada la cuantía no se sabe cuál es la pena que debe imponérsele a los acusados, ya que en los delitos contra la propiedad ella es factor indispensable para los efectos de la pena.

"Lo anterior significa que el proceso está viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, porque no está demostrado que fuera de competencia de los Jueces de Circuito. Esta causal de nulidad la establece el ordinal 1º del artículo 198 del C. de P. P.

"Estimo que se infringieron los artículos 47 del C. de P. P. y 3º y 4º del Decreto 3347 de 1950, este último que subroga el artículo 48 del C. de P. P.".

SEGUNDO CARGO.—Se hace consistir en que al procesado Fermín Caballero, de diez y nueve (19) años de edad, no fue asistido por su representante legal, o en su defecto, por un curador ad-litem, como lo ordena el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal.

El Fiscal demandante reproduce conceptos de un tratadista y jurisprudencia de la Corte para demostrar que a los menores que carecen de representante legal, debe nombrárseles curador ad-litem para que concurra a todas las diligencias que les conciernan, sin perjuicio del apoderado a que tienen derecho, y que la falta de esta asistencia determina una nulidad sustancial o esencial aunque no esté contemplada en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

TERCER CARGO.—Se enuncia así:

"Al apoderado de los reos ausentes Dagoberto Pérez y Felipe Gallo no se le dio traslado para alegar.

"No fue posible la captura del procesado Dagoberto Pérez ni la recaptura del sindicado Felipe Gallo, quien se evadió antes de que se dictara en su contra auto de detención de acuerdo con el informe del Comandante de la Sub-Estación de Policía de Puerto Santander que aparece al folio 9 del cuaderno principal. No obstante de que el auto de detención se dictó el veintisiete de junio sólo se ordenó que fueran emplazados, por medio de edicto, el veintiúno de agosto, después de que por auto de diez de julio se había ordenado correrle traslado a los interesados para alegar, por el término de cinco (5) días. Luego, por auto de treinta de septiembre se les declaró reos ausentes y se les nombró apoderado al doctor Léntulo Ruiz.

"Está, pues, demostrado que la oportunidad procesal que tienen los interesados, en el procedimiento del Decreto 0014, para estudiar el expediente y presentar los alegatos, no se le dio al señor apoderado de los reos ausentes, motivo por el cual quizá su actuación en la primera instancia se redujo a posesionarse del cargo y a notificarse personalmente del auto de detención y de la sentencia.

"De manera, que para los acusados Pérez y Felipe Gallo no se pudo ejercitar en forma plena el derecho de defensa, por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 61 del Decreto 0014, que dice:

"'Vencido el término probatorio, se ordenará correr traslado a las partes para alegar, por el término común de cinco días, y el juez deberá pronunciar la sentencia dentro de los cinco días siguientes'.

"Y como esta disposición contiene una de las formas propias del juicio es obvio que su inobservancia conduce a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, dando lugar a la nulidad del juicio".

SE CONSIDERA:

No puede prosperar el primer cargo, porque en realidad el señor Fiscal, para atacar la competencia del Juez de Circuito, ha partido de la base de que es inválido o inexistente el dictamen de los peritos que cursa al folio 16 del expediente, vale decir, impugna esta prueba, a la que niega el valor que le dio la sentencia recurrida. Lo cual significa que la causal alegada no debió ser la cuarta, sino la que prevé el numeral segundo del artículo 567 del C. de P. P.

Tampoco prospera el tercer cargo, porque el apoderado de los reos declarados ausentes, una vez posesionado, no reclamó para que se le diera el traslado a fin de alegar.

En cambio, el segundo cargo está demostrado, porque el menor de edad, sin asistencia de un curador, ya que tampoco se llamó a su representante legal, carecía de plena capacidad para comparecer en juicio. Se violó, así, el artículo 26 de la Constitución Nacional por cuanto una de las formas esenciales del juicio, cuya preterm isión quebranta derechos fundamentales de la persona humana, es la de que el sujeto pasivo de la acción penal tenga una plena capacidad, o le sea completada por los medios que la ley señala. (Art. 104 del C. de P. P.).

Pero esta nulidad, de carácter puramente personal, sólo vicia el procedimiento en relación con el menor Fermín Caballero.

En virtud de estas razones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia recurrida y ordena rehacer el procedimiento, en cuanto al procesado Fermín Caballero, a partir de la notificación del auto de detención de fecha veintisiete (27) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964). (*Fs.* 20 y 21).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SUPUESTA CONTRADICCION ENTRE LA SENTENCIA ACUSADA Y EL VEREDICTO DEL JURADO.

El estado de enajenación mental o la grave anomalía psíquica en que pueda hallarse un homicida a tiempo de cometer el hecho, debe establecerse oportunamente en los autos para determinar la forma de juzgamiento.—Causal 3ª de casación.

Si de acuerdo con el Decreto número 3347 de 1950, (art. 1º, ord. 6º), la intervención de los Jueces de conciencia quedó suprimida "en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de alguna grave anomalía psíquica", es obvio que esa particular situación mental debe ser materia del juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se ocupa la Sala del recurso de casación interpuesto por el doctor Jorge Pinzón Urdaneta, en su condición de apoderado de OTONIEL TORO CARDONA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 19 de agosto de 1964, por la cual se le impuso al sindicado la pena de ocho (8) años de presidio, como responsable del delito de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado 3º Superior de Manizales.

HECHOS:

El juzgador de segunda instancia hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El señor Otoniel Toro Cardona, soltero, de treinta y un años de edad, aproximadamente, mantenía relaciones de noviazgo con su pariente, la adolescente Beatriz Cardona Berrío, de apenas catorce años cumplidos. Los amores llegaron hasta el punto de que los novios plantearon la posibilidad del matrimonio. Entonces el padre de la menor inició una cerrada campaña de oposición, en la cual colaboró también la madre del sindicado, entre otras razones por una grave y congénita anormalidad física de quien se ofrecía como futuro esposo. En este sentido llegó el padre de Beatriz hasta internarla, en el mes de agosto del año pasado..." (1962)..., "en el convento de las Madres Adoratrices de esta ciudad. Después de un mes de reclusión aproximadamente, en el mencionado establecimiento, Beatriz regresó de nuevo al hogar, pero con la intención de internarse definitivamente en el convento. Y en carta dirigira a su novio le manifestó este propósito y la necesidad, en consecuencia, de terminar con él sus relaciones amorosas.

"Otoniel, después de leer esta carta, con la que en forma tan perentoria Beatriz frustraba sus propósitos de matrimonio, se dirigió inmediatamente a la casa de su pretendida, la cual le ratificó en forma personal su decisión. Al día siguiente, según el sindicado, o a los dos días, según el testimonio de la hermana de la ofendida, Otoniel regresó a la casa de ésta... Allí fue recibido, como muchas veces antes, en la sala. Pidió entonces una nueva explicación a Beatriz sobre el sentido de la misiva. Y la respuesta fue igualmente rotunda. La adolescente le manifestó de nuevo a Otoniel 'que ella estaba decidida a seguir su vocación'. Entonces éste, sin dilación, disparó su revólver por dos o tres veces consecutivas contra Beatriz, causándole la muerte en forma instantánea. Luego volteó el arma contra sí mismo, con clara intención de suicidio, y se

hizo dos disparos, a consecuencia de los cuales sólo tuvo una incapacidad definitiva de veinticinco días". Estos hechos tuvieron lugar el 23 de octubre de 1962.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor apoderado de TORO CARDONA invoca la causal tercera de casación (art. 567 del C. de P. P.), pues estima que la sentencia acusada está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Luego de transcribir el veredicto de los jueces de hecho, en el que se dice que el procesado "sí es responsable pero bajo el influjo de una grave alteración mental", afirma que el juzgador en derecho se apartó de la decisión del Jurado, pues no fue tomada en cuenta esa "grave alteración mental" en que obró su mandante, anotada por el Jurado.

Agrega lo que sigue:

"El Jurado es soberano para dar su veredicto y éste constituye un todo indivisible, sin que el juzgador pueda fraccionarlo para aceptar una parte y rechazar el resto. La H. Corte Suprema de Justicia ha dicho: 'La Ley 4ª de 1943, en su artículo 29, consagra expresamente el derecho que tienen los jueces de conciencia, no sólo para negar las circunstancias expresadas en el respectivo cuestionario, sino también para hacer el reconocimiento de otra u otras que no fueron planteadas en él. Así, pues, el Jurado es soberano para afirmar o negar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ora se hallen contenidas en el auto de proceder, o bien se deduzcan de las pruebas allegadas al juicio'. (Sent. de 27 de marzo de 1946, G.J.t. LX, p.263)".

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal estima que el cargo no resulta probado, porque "la grave anomalía síquica o 'grave alteración mental' de que pueda adolecer un homicida a tiempo de cometer el hecho, debe establecerse oportunamente en los autos para determinar la forma de juzgamiento . ., y su declaración, como es obvio, debe hacerse antes de o al proferir el auto de vocación a juicio. Si se omitiere tal declaración, no obstante su comprobación en el proceso, la defensa o el Ministerio Público pueden cumplir con el deber de buscar el correspondiente medio legal, a través de los recursos".

Anota que "en el proceso contra Otoniel Toro Cardona no sólo no se estableció ninguna grave anomalía síquica en el inriminado, al tiempo de infringir la ley penal (razón o causa para determinar su forma de juzgamiento), sino que tal posibilidad fue negada científicamente, en forma rotunda, definitiva y en tiempo oportuno. De suerte que el veredicto que se examina vendría a ser ilógico, confuso y contradictorio. Allí se confunde la causa con su efecto. Porque si el Jurado declara sin fundamento alguno, sin la existencia de 'cuestionario agregado o respectivo', sin tomar en consideración las circunstancias estudiadas en el auto de proceder o las que 'se deduzcan de las pruebas allegadas al juicio', la grave anomalía síquica de TORO CARDONA, con ello está declarando a su vez que ese mismo Jurado es incompetente para hacer esa declaración y para juzgar al inriminado (ord. 6º del art. 1º del Decreto 3347 de 1950). Pero esas posibles confusión o contradicción, por su invalidez o falta de fundamento, deben descartarse, como tiene que serlo el 'agregado' mismo, pues que ellos no surgen ni de la ley anterior ni de la actual".

Observa también el señor Agente del Ministerio Público que "la cita y la transcripción que hizo el recurrente, le resultan fallidas para demostrar que 'el Jurado es soberano para dar su veredicto y éste constituye un todo indivisible, sin que el juzgador pueda fraccionarlo para aceptar una parte y rechazar el resto', pues que el pensamiento fundamental de la H. Corte en este sentido expresa con toda claridad que 'el Jurado es soberano para afirmar o negar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ora se hallen contenidas en el auto de proceder, o bien se deduzcan de las pruebas allegadas al juicio'. Y que 'en todo caso, el veredicto debe ser el reflejo exacto de los hechos comprobados y evidenciados en el proceso'. Es decir, que la tan decantada soberanía del Jurado no ha sido, ni jamás puede ser, absoluta. Ella está limitada, 'en todo caso. . ., por los hechos comprobados y evidenciados en el proceso'. Puede ser soberano el Jurado, se comenta, en sus decisiones en los juicios en que es obligatoria su intervención. Pero si el término soberano se toma en sentido absoluto, debe rechazarse *ab absurdo*. Tomado en sentido relativo, con sus límites y mesuras, proporcionadamente debe compartirse la noción de soberanía y estudiar y aplicar las leyes que la rigen. . .".

Agrega el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que, por cuanto el ordinal 6º del artículo 1º del Decreto 3347 de 1950 suprimió la intervención del Jurado, en cuanto a la forma de juzgamiento, "en todos los casos en que el

agente haya cometido el delito en estado de enajenación mental o padeciere de alguna grave anomalía síquica", carece de materia de discusión lo sostenido por el demandante.

LA CORTE CONSIDERA:

Como anota el señor Agente del Ministerio Público, no cabe admitir la supuesta contradicción entre la sentencia acusada y el veredicto del Jurado, en este negocio, pues la agregación que hicieron los jueces de hecho a la aceptación de la responsabilidad de TORO CARDONA se refiere a una materia extraña a la intervención del Jurado.

En efecto, si de acuerdo con el Decreto 3347 de 1950 (art. 1º, ordinal 6º), la intervención de los jueces de conciencia quedó suprimida "en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de alguna grave anomalía síquica", es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario. Y en el presente caso, la pericia médica anotó: "1º, Otoniel Toro Cardona es un individuo físicamente inválido por malformación congénita de sus miembros inferiores; 2º, No es un alienado mental; 3º, Al momento de realizar los actos que se le imputan, no obró en estado de grave anomalía síquica, ni se encontraba bajo el influjo de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia". (f.127 del Cd. principal).

No tiene, por tanto, validez alguna para el juez de derecho la anotación del Jurado, en este caso, relacionada con esa supuesta "grave anomalía mental" atribuída al nombrado Toro Cardona.

Sería absurdo que esa parte del pronunciamiento de los jueces de hecho, en este caso, se tomara en cuenta, precisamente para concluír en que no correspondía al Jurado examinar los cargos propuestos al acusado.

No prospera, pues, el cargo examinado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de que se ha hecho mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RECURSO DE REVISION.—LA CORTE REAFIRMA SU CRITERIO RESPECTO DE NO SER LA REVISION UNA TERCERA INSTANCIA.—REQUISITOS ESENCIALES PARA SU PROSPERIDAD.—ORD. 5º DEL ARTICULO 571 DEL C. DE P. P.

1.—El recurso de revisión no es una tercera instancia y para que prospere, como es obvio, se requiere "demostrar la existencia de alguna de las causales que la ley ha establecido" (G. J. Tomo LV, pág. 345).

El anotado recurso, como lo ha expresado en forma reiterada esta Corporación, no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley, pues no se trata con este recurso extraordinario de reponer un fallo, sino un proceso; tampoco, dentro de su ámbito cabe discutir cuestiones referentes a irregularidades o nulidades procedimentales, propias del recurso de casación, mas no previstas como causales para el de revisión.

A este respecto la Corte ha sustentado, en múltiples ocasiones, la siguiente doctrina:

"Siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso (el de revisión) no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde si es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notorio que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión..." (G. J., Tomo LXXXXV).

En consecuencia, el recurso por el aspecto de la violación del artículo 26 de la Ley de Leyes y 203 del C. de P. P., no puede prosperar.

2.—El hecho nuevo o la prueba no conocida "al tiempo de los debates", para que tenga la eficacia señalada en el ord. 5º del artículo 571 del C. de P. Penal deben establecer "la inocencia o irresponsabilidad del condenado", o plantear "siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de revisión que interpuso GONZALO SIERRA, por medio de apoderado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 28 de abril de 1959, en virtud de la cual dicha entidad lo condenó —al lado de otros sujetos que sufrieron la misma suerte— como responsable, en complicidad correlativa, de los delitos de homicidios agravados, consumado y frustrado, en las personas de Agustín Matiz Maheche y de Natividad Rodríguez, respectivamente, a la pena principal de quince años de presidio y a las sanciones accesorias consiguientes.

ANTECEDENTES

En la tarde del 18 de septiembre de 1958, cuando Agustín Matiz y Natividad Rodríguez se encontraban tomando cerveza en la cantina de Pablo Emilio González, situada en la población de Cajamarca, llegaron al mismo establecimiento Epaminondas Alonso Sasa, Marcos Sierra y Gonzalo Sierra. Alonso Sasa le preguntó a Rodríguez si su compañero era Agustín Matiz, y como este último se anticipara a contestar y se identificara como tal, Alonso Sasa le recordó que en alguna ocasión habían tenido un disgusto, ante lo cual anotó Matiz que eso no valía la pena, que no tenía ninguna importancia. Luego, los dos Sierras y Alonso Sasa se retiraron de la cantina y poco después también lo hicieron Matiz y Rodríguez. Más tarde, cuando estos últimos se disponían a regresar a sus fincas de campo, volvieron a entrar a la cantina en mención, y tras de ellos llegaron los Sierras y Alonso Sasa. Al tiempo que Ada Elvira González —quien atendía al servicio de ese establecimiento— se inclinaba para sacar unas cervezas, fueron he-

chos tres disparos de revólver, de los cuales dos le causaron la muerte instantánea a Matiz y el tercero hizo impacto en la nuca de Rodríguez.

Adelantada la investigación sobre estos hechos, el mérito del sumario fue calificado por el Juzgado Segundo Superior de Ibagué en auto de 18 de octubre de 1956, mediante el cual se llamó a responder en juicio, con intervención del Jurado, a Epaminondas Alonso Sasa, Marcos Sierra y Gonzalo Sierra, por los delitos de homicidio y lesiones personales, cometido el primero en la persona de Agustín Matiz y el segundo en Natividad Rodríguez. El Tribunal Superior, al revisar en apelación dicho auto de proceder, lo reformó en el sentido de llamar a los sindicados a responder en juicio, como coautores, por los delitos de homicidio agravado y homicidio frustrado.

El Jurado, en su respectiva oportunidad legal, emitió veredictos condenatorios, al declarar que los acusados eran responsables, en complicidad correlativa, de los expresados delitos, veredicto que fue acogido por los juzgadores de instancia en la siguiente forma: El Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de 28 de abril de 1959, por considerar que contra los procesados concurrían circunstancias de mayor peligrosidad, reformó la de primer grado en el sentido de fijar en quince años de presidio la pena que deben purgar Epaminondas Alonso Sasa, Gonzalo Sierra y Marcos Sierra; el fallador de primera instancia, que lo fue el Juzgado Cuarto Superior de Ibagué, había condenado a los procesados por los delitos en referencia a la pena principal de diez años de presidio, según sentencia datada de 3 de octubre de 1958.

De los tres sujetos que resultaron condenados en los fallos anteriores, sentencias que quedaron debidamente ejecutoriadas, Gonzalo Sierra, por medio de apoderado, interpuso el recurso de revisión de su proceso ante la Corte, como ya se indicara. Con la demanda presentó en copia, además de los fallos precitados y de las declaraciones que obran en el proceso original rendidas por el menor Argemiro González y Natividad Rodríguez, los testimonios extrajuicio de Celmira Espitia de Torres, Víctor Emilio Daza y Luis Antonio Zambrano. Como el recurso ha recibido el trámite de rigor legal, se procede a decidirlo.

LA DEMANDA

En ella el recurrente hace una historia de los hechos y de la actuación procesal, transcribe los testimonios del menor Argemiro González y de Natividad Rodríguez que figuran en el expediente original, invoca las declaraciones extrajuicio acompañadas a la demanda y de las cuales ya se hizo mención, y, luego, con fundamento en las causales previstas en los ordinales 1º y 5º del artículo 571 del C. de Procedimiento Penal, pide que se ordene la revisión de su proceso. En la siguiente forma sintetiza los presupuestos de la acción:

"En derecho me fundamento en el artículo 26 (sic) de la Constitución Nacional, pues nadie puede ser juzgado sin haber cumplido la plenitud de las formas del juicio, y acá la defensa de oficio es una máscara, un remedo de defensa; también en el artículo 203 del C. de P. P., que exige perentoriamente la existencia de la plena prueba para dictar sentencia condenatoria, si el Jurado Popular se equivocó deber del juzgador era enmendar el error; me apoyo asimismo en el artículo 571 —inciso 1º— del Código de P. P., pues mi caso es el clásico de dos personas estar sufriendo condena, cuando en realidad uno solo es el responsable. Y por último me fundamento en el artículo 571 ya citado del C. de P. P., en su ordinal 5º, ya que he aducido pruebas nuevas y aún quedan otras, según las cuales se demuestra en forma palmaria que Gonzalo Sierra es inocente o al menos no tiene ninguna responsabilidad en la muerte de Agustín Matiz y constituyen por cierto indicios graves de tal inocencia y de tal falta de responsabilidad".

En otros pasos de su demanda y para apoyar —en parte— los motivos invocados de revisión, el recurrente se limita a expresar o reiterar sus anteriores razonamientos, así: "Que el único que tuvo defensor fue Epaminondas Alonso S., pues los otros dos (los Sierras) fueron emplazados como reos ausentes, se les puso defensores de oficio, quienes, como es de usanza nada hicieron o hicieron muy poco en favor de sus defendidos y fue así como fue condenado Gonzalo Sierra"; que de las declaraciones de Argemiro González y Natividad Rodríguez, sacadas del expediente original, se desprende que el autor de los crímenes, "único y absoluto", fue Alonso Sasa; que lo mismo se deduce de los testimonios extrajuicio de Celmira Espitia de Torres, Víctor Emilio Daza y Luis Antonio Zambrano, acompañadas con el libelo de demanda, por lo cual su patrocinado es inocente, "víctima de una justicia ligera y equivoca; que, finalmente, la sentencia ya citada del Tribunal de Ibagué incurre en una tremen-

da contradicción motivada por la mala apreciación del concepto de complicidad correlativa.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a que prospere el recurso. En primer término, expresa que en cuanto a la invocación contenida en la demanda de los artículos 26 de la Carta Fundamental y 203 del C. de Procedimiento Penal, como motivos de revisión, no es del caso analizar esos argumentos por su evidente impertinencia, "ya que el recurso extraordinario de revisión no puede apoyarse en pretendidos errores de orden jurídico y menos en supuestas irregularidades procedimentales que impliquen nulidad del juicio, porque dichos motivos están previstos en la ley únicamente como causales de casación".

Agrega que en cuanto a la causal contemplada en el ordinal 1º del artículo 571 del C. de Procedimiento Penal, en que también se basa el recurso, debe observarse que no se allegó la prueba de las "sentencias contradictorias", "dictadas en procesos distintos, por cuya causa estén cumpliendo condena dos o más personas por ilícitos que no haya podido cometer sino una o por número inferior de los sentenciados".

En lo referente a lo alegado con fundamento en la causal 5ª de la precitada norma, en síntesis, manifiesta lo siguiente la Procuraduría: a) Que constituye un replanteamiento propio de las instancias la pretensión de que se analicen de nuevo los testimonios del menor Argemiro González y de Natividad Rodríguez, los cuales ya habían sido tenidos en cuenta y apreciados por el Jurado de conciencia al dictar su veredicto y por los jueces de derecho al dictar sus fallos ya indicados; b) Que las declaraciones extrajuicio de Celmira Espitia de Torres, Víctor Emilio Daza y Luis Antonio Zambrano, acompañadas con la demanda, no fueron ratificadas con el lleno de las formalidades legales en el término probatorio del recurso; c) Que aún en el supuesto de que se les quisiera otorgar algún valor legal a los testimonios recogidos durante la diligencia de inspección ocular practicada durante el término de prueba de este recurso, esos testimonios (los de Zambrano y Daza) no descartan la participación "de varias personas en los ilícitos, fundamento de la complicidad correlativa, ni tampoco niegan la intervención de Gonzalo Sierra, a quien vieron en el interior de la tienda de Pablo Emilio González, hecho aceptado por el acusado en la misma diligencia. Los nuevos declarantes —agrega la Procuraduría— señalan a Epaminondas Alonso como único autor de los delitos, "pero la imputación fue negada por el acusado y tampoco se logró su demostración en el proceso; así, todo contribuyó a aceptar plenamente la decisión del Jurado en cuanto a la responsabilidad de los acusados en complicidad correlativa".

PRUEBAS

El recurrente no solicitó que se obtuviese la ratificación, en el término probatorio del recurso, de los testimonios extrajudiciales acompañados a la demanda, pero el Juez Penal Municipal de Cajamarca, comisionado para la práctica de una diligencia de inspección ocular en tal etapa procesal, dispuso escuchar las exposiciones bajo juramento de Víctor Emilio Daza y Luis Antonio Zambrano.

Luis Antonio Zambrano.—En su testimonio rendido en la forma antes indicada, dice:

"Ese domingo 10 de septiembre de 1955 yo cruzaba con Víctor Daza por la calle 5ª y cuando íbamos frente a la puerta que da entrada al establecimiento donde nos encontrábamos o sea la puerta distinguida con el número 8-69 y vimos tres individuos dentro de la cantina y había uno que estaba de espaldas y cuando seguimos porque habíamos parado un momentico al frente de la cantina, y continuábamos el camino por la calle 5ª hacia la carrera 10ª, vi venir a un individuo hacia la puerta de este establecimiento que da a la carrera 9ª y en ese momento oí unos disparos no me acuerdo cuántos, y al momentico el tipo nos pasó porque iba a la carrera y vi qué un señor salía por la puerta que da a la calle 5ª o sea donde paramos y seguía por la carrera 9ª hacia arriba. Ese tipo lo vi después de oír los disparos, pero no supe ni conocí quién era ni tampoco conocí al tipo que hizo los disparos y que luego pasó corriendo. Después de esto como por motivo de los disparos no me demoré nada con mi compañero, no me di cuenta qué habría ocurrido. Eso es todo".

Víctor Emilio Daza.—Declaró, como el anterior, y expone:

"Pues a mí me consta que ese domingo venía con el señor Antonio Zambrano por la calle 5ª hacia la carrera 10ª y al pasar por frente a este establecimiento nos paramos al frente de la puerta que da a la calle 5ª y miramos para adentro cuando vi a GONZALO SIERRA de espaldas a la calle y también vi a la señora NATIVIDAD

RODRIGUEZ con otro señor y seguimos el camino y vi que venía de para acá el señor EPAMINONDAS ALONSO e hizo unos disparos cuando llegó al frente de la puerta de este establecimiento que da a la carrera 9ª y después salió corriendo para allá para la carrera 10ª por donde iba yo con mi compañero Zambrano y también me di cuenta de que Gonzalo Sierra salía por la puerta que da a la calle 5ª y cogía por la carrera 9ª de para arriba y yo seguí con mi compañero. Eso fue todo. Preguntado: ¿Se dio usted cuenta si a consecuencia de esos disparos resultó muerta o herida alguna persona? Contestó: No señor, yo no me di cuenta porque nosotros continuamos el camino".

ALEGATO DE CONCLUSION

En su alegato de conclusión insiste el recurrente en los mismos razonamientos expuestos en la demanda y, en especial, analiza los testimonios antes transcritos de Daza y Zambrano para luego concluir que ellos "desvirtuaron los cargos que erróneamente se le hicieron a Gonzalo Sierra en las providencias del Juzgado Superior y del Tribunal de Ibagué", y que, además, "tales pruebas (las declaraciones de Daza y Zambrano) reunían los requisitos más exigentes para que con fundamento en ellas prospere la causal alegada y se decrete por la Honorable Corte la revisión del proceso, por lo que se refiere a Gonzalo Sierra".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a). El recurso de revisión no es una tercera instancia y para que prospere, como es obvio, se requiere "demostrar la existencia de alguna de las causales que la ley ha establecido" (G. J. T. LV, pág 345).

b). El anotado recurso, como lo ha expresado en forma reiterada esta Corporación, no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley, pues no se trata con este recurso extraordinario de reponer un fallo, sino un proceso; y tampoco, dentro de su ámbito, cabe discutir cuestiones referentes a irregularidades o nulidades procedimentales, propias del recurso de casación, más no previstas como causales para el de revisión.

La Corte ha sustentado a este respecto, en múltiples ocasiones, la siguiente doctrina:

"Siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso (el de revisión), no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notorio que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión...". (G. J. Tomo LXXXXV).

En consecuencia, el recurso por el aspecto de la violación del artículo 26 de la Ley de Leyes y 203 del C. de P. P., no puede prosperar.

c). El ordinal 1º del artículo 571 del Código de P. P. expresa que hay lugar a recurso de revisión: "Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas".

Las sentencias a que alude el recurrente son las de primera y segunda instancia condenatorias, dictadas por el Juzgado Cuarto Superior y el Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué en el mismo juicio y con respecto a las mismas personas. Desde luego, a la luz de la citada norma, resulta casi inútil expresar que las sentencias contradictorias de que trata la causal primera de revisión, deben ser, las dos, de condena; deben estar las dos en vigencia, y, ante todo, no deben ser, en ningún caso, las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas en un mismo juicio, ya que, de otra manera, todos los juicios serían revisables. Con apoyo en el anterior criterio doctrinal, que la Corte ha recogido en esos términos al interpretar la mencionada norma, debe desecharse el recurso motivado en la forma ya dicha.

d). El hecho nuevo o la prueba no conocida "al tiempo de los debates", para que tenga la eficacia señalada en el ordinal 5º del artículo 571 del C. de P. Penal, deben establecer "la inocencia o irresponsabilidad del condenado", o plantear "siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

e). Los testimonios del menor Argemiro González y Natividad Rodríguez, acompañados a la demanda de revisión, donde parecen señalar a Alonso Sása como autor material de los disparos, fueron examinados y valorados en las instancias del proceso, y, desde luego, apreciados por el jurado de conciencia, por lo cual, como es obvio, ninguno de ellos puede corresponder a

hecho nuevo, ni a *prueba* no conocida al tiempo de los debates. En consecuencia, no cabe, por este aspecto, la invocación de la causal 5ª de revisión, con fundamento en nuevo examen de esas declaraciones rendidas en el proceso, pues ello "equivaldría a una prolongación de las instancias" (Revisión, 13 de marzo de 1956, T. LXXXI, pág. 333).

f). Natividad Rodríguez, en declaración no solicitada con ocasión del recurso en examen y recibida por el Juez Penal de Cajamarca al practicar la diligencia de inspección ocular, se limita a repetir, quizá con un poco de mayor precisión lo que ya había expuesto en el testimonio rendido en el proceso, o sea, que Alonso Sasa fue el autor de los disparos, y, por lo tanto, cabe deducir, con respecto a este renovado testimonio, que no se puede aceptar como una prueba "no conocida al tiempo de los debates".

g). Ante esta situación y frente a los reparos que en relación con la prueba testimonial anterior formulara la Procuraduría Delegada, el recurrente expresa que no obstante esa crítica de las declaraciones recibidas a Luis Antonio Zambrano y Víctor Emilio Daza, no conocidas al tiempo de los debates, surge "de manera cierta, indubitable y evidente que Gonzalo Sierra es inocente de haber dado muerte a Agustín Matiz y herido a Natividad Rodríguez, por no haber intervenido ni directa ni indirectamente en el proceso de su desarrollo".

SE OBSERVA

Zambrano, en su declaración ya transcrita, asevera: que el día de la ocurrencia de los hechos advirtió la presencia de tres personas en la cantina en donde éstos pudieron desarrollarse; que después siguió su camino y oyó unos disparos; que luego vio a un individuo que pasó a su lado en carrera. Pero más adelante resta toda fuerza probatoria a su dicho, sobre todo en lo atinente a las circunstancias que rodearon el hecho y al establecimiento de la pretendida inocencia del procesado Gonzalo Sierra en el delito, pues afirma lo siguiente: "no conocí al tipo que hizo los disparos"; "no me demoré nada con mi compañero (se refiere a Víctor Daza), no me di cuenta qué había ocurrido".

Víctor Emilio Daza, en su exposición rendida después de transcurridos más de diez años de ocurridos los hechos y recibida por el Juez Penal de Cajamarca sin que se hubiera pedido la ratificación del testimonio extrajuicio durante el término probatorio del recurso, manifiesta en síntesis: que el día del suceso vio a Gonzalo Sierra, Natividad Rodríguez y otra persona cuando en compañía de Zambrano pasó frente a la cantina de que tratan los autos y que al seguir su camino advirtió que venía Alonso Sasa, quien hizo unos disparos al llegar a la puerta de ese establecimiento, sin que se diera cuenta si a consecuencia de esos disparos resultó muerta o herida alguna persona.

Además, de que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 693 del Código Judicial, para apreciar este testimonio extrajudicial se requeriría que se hubiera ratificado durante el término probatorio, lo cual no ocurrió en legal forma, ya que no se solicitó en tal etapa procesal esa ratificación y su ingreso sorpresivo al proceso, sin contradicción de parte, sólo se debió a la circunstancia de haber recibido esa declaración el Juez comisionado para la práctica de una diligencia de inspección ocular que tenía otros fines (pag. 29), debe anotarse que en las instancias del proceso se debatió el hecho que sugiere, por cierto con bastante indeterminación, por lo cual no puede prosperar el recurso con base en la afirmación de un testigo que se limita a plantear la hipótesis de que pudo ser otra persona el autor de los ilícitos que se le imputan al condenado. De otra parte, como lo expresa la Procuraduría Delegada, ese testimonio no descarta la participación de varias personas en los ilícitos, fundamento de la complicidad correlativa, ni tampoco niega la intervención de Gonzalo Sierra, a quien vio en el interior de la cantina.

En mérito 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, NIEGA el recurso de revisión interpuesto contra el fallo de que expresamente se trata en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES PARA CIVILES, DENTRO DEL REGIMEN DE ESTADO DE DE SITIO.

Las facultades que al Gobierno Nacional le confiere el artículo 121 de la Constitución, le permiten apartarse del precepto contenido en el artículo 170 de la misma. Igualmente, lo que dispone el artículo 28 de la Carta deja, en época de guerra o de conmoción interior, únicamente intocable lo relacionado con la preexistencia de la ley penal que define y sanciona el delito, pudiendo ser suspendidas, en tales circunstancias, las demás garantías a que alude el artículo 26 de la Constitución, sobre antelación de las normas que indican la competencia y señalan el procedimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación penal. — Bogotá, julio once de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el doctor Gustavo Rendón Gaviria, en representación de los procesados PABLO EMILIO ACEVEDO, ALBERTO MONTOYA CADAVID, FRANCISCO ARMANDO NAVAS y DOMINGO ARTURO MIRA, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 1º de septiembre de 1965, por la cual les fue impuesta la pena principal de diez (10) años de presidio, como responsables de los delitos de secuestro y extorsión imperfecta, según hechos ocurridos en las ciudades de Medellín e Itagüí en los días comprendidos entre el 27 de enero y el 10 de febrero del citado año de mil novecientos sesenta y cinco.

HECHOS:

En el fallo recurrido se hace la siguiente síntesis de lo acontecido:

"El señor Leonidas Garcés Garcés, acaudalado hombre de negocios, pese a su avanzada edad y a la holgura económica de que disfruta, tiene la curiosa costumbre de viajar todas las mañanas a eso de las seis, a una finca que tiene en jurisdicción de Itagüí (Antioquia), para ordeñar personalmente sus vacas. Lo ayuda, cuando el trabajo es muy fatigoso, una joven inquilina suya, a quien le reconoce, a manera de remuneración, medio litro de leche.

"El 27 de enero de 1965, don Leonidas emprendió el viaje de costumbre y quienes fueron sus compañeros en el bus recuerdan perfectamente al viejecito humildemente vestido que se bajó en el sitio 'San Gabriel', como lo hacía cada mañana. Cuando iba a entrar a su finca, unos hombres para él desconocidos, le interceptaron el paso, lo amenazaron con armas de fuego y lo obligaron a subir a un automóvil.

"Ya dentro de éste, se le colocó en tal posición que no podía ver por dónde iba. Los del grupo dieron vueltas y vueltas y finalmente lo hicieron bajar en un sitio que el anciano no identificó nunca. Desde el primer momento le aclararon cualquier duda que pudiera tener: Se trataba de un secuestro y si no ponía a su disposición una gruesa suma de dinero, le quitarían la vida.

"Aunque poco disfruta de ella, al raro anciano le impresionó esa amenaza; y, a pedido de los secuestradores, les indicó con qué personas de su familia podían entenderse para conseguir la suma del rescate. Los antisociales se dirigieron a esas personas por escrito y por teléfono. Su aspiración inicial era obtener más de un millón de pesos, pero después hicieron varias rebajas y concedieron un pequeño plazo para que los parientes intermediarios consiguieran la elevada suma. Don Leonidas, de su puño y letra, escribió cartas a sus allegados y al gerente del Banco con el cual tenía negocios. A los secuestradores les dijo que les firmaba cualquier cosa y les daba lo que quisieran a cambio de su libertad.

"Aprovecharon esa oferta los que lo tenían en su poder y le hicieron firmar tres hojas de papel

sellado en blanco. Don Leonidas ni siquiera averiguó qué texto iban a tener esos documentos. Cuando le quitaron un reloj de pulso, adquirido en Suiza, tampoco hubo protestas, ni las hubo cuando lo esposaron y le vendaron los ojos. Estaba resuelto a todo para continuar viviendo.

"Como el hecho tuvo una amplia publicidad, otros sujetos amigos de lo ajeno resolvieron hacerle creer a los parientes del millonario que éste estaba en su poder y que si pagaban rescate, otra crecida suma, lo devolverían sano y salvo. Sin embargo, las cartas manuscritas del señor Garcés sirvieron para que sus familiares supieran en poder de cuál de los grupos se hallaba. A los falsos secuestradores les llevaron la idea para facilitar su captura, que efectivamente se logró.

"Cuando ya era cosa decidida el pago del rescate, los secuestradores, que varias veces habían cambiado el escondite de don Leonidas, lo condujeron a un local de Itagüí, calle 82 número 48-04. Por primera vez en dos semanas lo dejaron solo, aunque muy bien maniatado y amordazado y esa fue su perdición, porque el señor Garcés se dio cuenta de que afuera, en la calle, jugaban unos muchachos y resolvió hacer toda clase de ruido para llamarles la atención. Los muchachos, gente humilde, eran Orlando Marín, Orlando de J. Sánchez y Francisco Javier Castrillón.

"Oyeron los ruidos, organizaron una especie de escalera humana y desde la parte alta de la puerta, el que estaba más arriba, vio a don Leonidas, que presentaba un curioso aspecto y se interesó en el asunto. No era muy segura la puerta, porque al empujarla, los menores consiguieron que cediera con facilidad. En esa curiosa forma terminó la pesadilla del señor Garcés.

"Cuando pudo hablar, se identificó y pidió a los tres muchachos que avisaran a la Policía. En un arranque de generosidad les ofreció dos mil pesos por ese servicio. No se sabe si se los daría, pero la prensa informó que, pasado ya el peligro, salió del paso con un billete de cinco pesos y unos caramelos de palito."

"Los menores hicieron gran alboroto y movilizaron a la totalidad de los vecinos. La Policía, avisada por teléfono, acudió prontamente y sacó de su improvisada cárcel al afortunadísimo caballero".

DEMANDA DE CASACION

El doce de abril último, el doctor Gustavo Rendón Gaviria presentó la demanda de casación que obra a los fs. 6 a 48 del cuaderno de la Corte, en la cual invoca la causal cuarta prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, pues estima que la sentencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Como cuestión previa a los cargos que formula, anota el demandante lo siguiente:

"Por varios aspectos —todos de orden constitucional y siempre con apoyo en la causal de nulidad— voy a atacar la sentencia recurrida. Pero, como cuestión previa y simplemente ilustrativa del debate, hay que hacer referencia al instrumento legal que sirvió a la justicia castrense para ejercer jurisdicción y asumir competencia en este sonado proceso.

"El ya citado Decreto Legislativo Nº 1200, de 21 de mayo de 1965, entre otras cosas, dispuso:

'Artículo 1º—A partir de la vigencia del presente Decreto y mientras subsista el estado de sitio, la justicia penal militar, además de los delitos establecidos en el Código de la materia, conocerá de los siguientes definidos y sancionados en la ley penal común:

. . . . . .

'Del secuestro;

'De la extorsión.

'Conocerá igualmente de cualquier otro delito cometido en conexidad con los anteriores, y de las conductas antisociales a que se refieren los artículos 30, 31 y 33 del Decreto Ley Nº 1699 de 1964.

'Artículo 3º—Mientras subsista el estado de sitio, todos los delitos y las conductas antisociales de competencia de la Justicia Penal Militar se investigarán y fallarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales.

'Los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión pasarán inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado en que se hallen; las investigaciones adelantadas en ellos tendrán plena validez, pero el juzgamiento se efectuará en la forma prevista en este artículo'.

"Las ordenaciones transcritas...", continúa diciendo el actor..., "y otras más del mismo Decreto, las demandé ante la H. Corte Suprema (Sala Plena), en ejercicio de la acción pública que estatuye el artículo 214 de la Carta. La inexequibilidad no ha sido fallada todavía, si bien el Magistrado Sustanciador registró proyecto al res-

pecto. Si en esta demanda, simplemente de casación, mis invocaciones de derecho son también sobre los mandatos de la Carta, la autorización para hacerlo es ya el artículo 215, cuyo alcance y finalidades ha desarrollado claramente la Sala de Casación Penal al decidir sobre motivos de nulidad constitucional".

Ahora bien:

Corresponde, asimismo como cuestión previa a las consideraciones de la Corte, anotar que la Sala Plena de la Corporación, el día cinco del corriente mes de julio, resolvió declarar exequible la totalidad de las disposiciones del Decreto 1290, de 21 de mayo de 1965, que fueron objeto de la demanda presentada por el doctor Gustavo Rendón Gaviria. El día cuatro del mismo mes de julio en curso se recibió el proceso, con la respuesta de la demanda de casación, y el mismo día cinco del corriente mes llegó el negocio al despacho del Magistrado sustanciador.

El actor propone los siguientes cargos:

1º—*Incompetencia de jurisdicción.*

Afirma el demandante que "la sentencia recayó en un juicio viciado de nulidad, por manifiesta y notoria violación del artículo 170 de la Constitución Nacional", pues, restringiendo este precepto la competencia de la jurisdicción penal castrense sólo para el juzgamiento de los militares en servicio, es obvio que la justicia penal militar no podía conocer de este negocio, seguido contra civiles, pues la facultad establecida en el Decreto 1290 de 1965 resulta en contradicción con el precepto constitucional citado y ha debido darse aplicación al artículo 215 de la Carta.

2º—*Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.*

Expresa el actor:

"Más en concreto y amparándome en la constante doctrina de la H. Corte, invoco la causal de nulidad, también constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, en lo tocante a la aplicación retroactiva de un estatuto procesal expedido con posterioridad a las infracciones juzgadas, no empece su carácter ódioso, restrictivo y limitado del derecho de defensa de los asociados.

"Muy al contrario de lo que opina el H. Tribunal Superior Militar en la sentencia recurrida, el trámite de los procesos penales por la vía castrense (Consejos de Guerra Verbales), limita hasta el extremo el inalienable derecho de defensa de la persona humana, no sólo por privar un sistema de subordinación jerárquica, sino porque los medios materiales y formales de defensa contrastan con los señalados en el procedimiento ordinario, empezando por el más simple, el derecho de designar apoderado o defensor, que en la justicia castrense, en los Consejos de Guerra, no hay libertad de ejercerlo porque la asistencia profesional está reservada a militares o a quienes han ejercido cargos en la jurisdicción militar.

"Para fundamentar el cargo de desconocimiento de una garantía constitucional, la ordenada por el artículo 26, no ya en su parte sustantiva que toca con el cargo primero de violación de las formas propias del juicio por falta de jurisdicción del fallador, sino muy en particular por darse aplicación retroactiva al Decreto 1290, aparte de lo que tuve oportunidad de argumentar ante el H. Tribunal Superior Militar, siempre sordo a los preceptos institucionales y obediente ejecutor de las órdenes gubernamentales, limito la sustentación del cargo a la reiteración de las doctrinas de esa H. Sala, contenidas en sentencias y autos abundantemente proferidos, pero de los cuales quiero copiar algunos, cuyo contenido jurídico no ha sido desvirtuado por los que el Tribunal se toma el trabajo de citar".

Alude el demandante a la sentencia de la Sala Plena de la Corte, fechada el 24 de julio de 1961, y a los fallos de casación penal, de 29 de octubre de 1945 (G.J.t. LIX, p.1009), de 13 de septiembre de 1945 (G.J. Nos. 2022-2024) al que recayó en la causa seguida contra Walter Vidal, de 15 de marzo de 1961.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima el Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que los cargos propuestos no fueron demostrados, y solicita, en consecuencia, que no se case el fallo objeto del recurso de casación.

Dice el señor Agente del Ministerio Público, de una parte, que el Decreto 1290 de 1965 "no viola ni directa ni indirectamente el artículo 170 de la Constitución Nacional..., ya que fue dictado por el Gobierno en uso de las facultades a él conferidas por el artículo 121 de la Constitución, en vigencia del Decreto 1288, de 21 de marzo del mismo año, que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territo-

rio de la República"; y, de otra parte, expresa que las normas que señalan la competencia y determinan el procedimiento son de aplicación inmediata, a más de que el Decreto 1290 de 1965 ordenó que "los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión pasaran inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado en que se hallen".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala Plena de la Corporación, al resolver la demanda presentada por el doctor Gustavo Rendón Gaviria sobre supuesta inexequibilidad de los artículos 1º, 3º, 8º y 9º del Decreto 1290 de 1965, afirmó que los preceptos acusados no son contrarios a la Carta, pues, expedido aquel estatuto con fundamento en las facultades que al Gobierno Nacional le confiere el artículo 121 de la Constitución, bien podía apartarse de la norma contenida en el artículo 170 de la misma, para extender a los civiles la competencia de la Jurisdicción Penal Castrense en el juzgamiento de los delitos que el Decreto 1290 de 1965 menciona; y, asimismo, expresó la Corte que dicho decreto no infringe el artículo 26 de la Constitución (que en época de normalidad abarca la preexistencia de la ley penal al hecho imputado, de la que establece la jurisdicción para juzgar el delito, y de las formas propias del juicio), porque de acuerdo con el artículo 28 de la misma obra, aplicable en época de guerra o de conmoción interior, únicamente prevalece— lo que en aquélla se dispone sobre la anterioridad de la ley que sanciona el delito y determina la pena correspondiente, y deja al Estado la fijación de la competencia y las formalidades del juicio, que es lo que disponen los artículos 1º y 3º del Decreto 1290, de 21 de mayo de 1965.

La Corte, en sentencia de 12 de junio de 1945, anota que "no carece de significación la variante que hicieron los constituyentes colombianos al emplear en el artículo siguiente al 22 (hoy 26) el término penado en vez de juzgado. Aún en tiempo de guerra, dice el 24 (hoy 28), nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho o determinándose la pena correspondiente. Comparando los dos textos, resulta esta notable diferencia en apoyo de la tesis que se viene sentando: que el 22 establece un régimen de limitaciones para la normalidad que contempla la función penal por el triple aspecto de la ley penal anterior al hecho imputado, de la jurisdicción y de las formas propias del juicio, y que en el 24 sólo queda en pie la garantía de la preexistencia de la regla prohibitiva, pudiendo el Estado proveer en lo demás de acuerdo con la necesidad de restablecer el orden público" (G.J.t.59, p.45 y 46).

Se dijo también en ese fallo que "los artículos 40, 44 y 45 desarrollan en la Ley 153 de 1887 el pensamiento constitucional. El constituyente había dicho que en materia criminal la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia. El artículo 44 de la ley dice que en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, repitiendo el mandato constitucional. Luego el artículo 45 lo desarrolla diciendo que esa disposición tiene las aplicaciones que allí señala, todas las cuales, como se ha visto, se refieren a delitos y a penas, ninguna a los Tribunales ni al procedimiento...".

No existe, pues, la nulidad constitucional alegada, por supuesta violación del artículo 26 de la Carta.

Atendido, entonces, que la Corte ha declarado exequible el Decreto 1290 de 1965, no es pertinente en este fallo el artículo 215 de la Constitución Nacional, pues ya se pronunció la Corporación negando esa supuesta incompatibilidad entre la Carta y la Ley, precisamente con respecto a los artículos de aquélla, citados por el actor.

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 Ministerio Público, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior Militar, de que se ha hecho mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

IMPUGNACION AL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA POR ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA EN PROCESO POR HOMICIDIO.

Vigencia del Decreto 1752 de 1965.—Este Decreto habla de una "continuidad" de competencias que presupone que no haya decisión de tal índole que marque otra competencia diversa a la castrense.—Libertad del Tribunal Popular para apreciar las pruebas.—La Corte reitera su doctrina relativa a que la declaración de contraevidencia del veredicto está reservada al Juez y al Tribunal por Ministerio de los artículos 537 y 558 del C. de P. P. y de que no se ha establecido como causal de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio once de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá dictó la sentencia, que ha sido recurrida en casación, para confirmar en todas sus partes, el trece (13) de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), la que condenó a José Cenón Gutiérrez Guevara a la pena principal de diez y seis (16) años de presidio y a las accesorias de rigor como responsable del delito de homicidio en la persona de Rosa Bustos, sentencia —esta última— originada en el Juzgado Quinto Superior de Bogotá.

Se procede a desatar el recurso que ha sido rituado debidamente, considerando:

I.—LOS HECHOS

Como a las diez pasadas de la noche del nueve (9) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), se presentó al establecimiento de cantina que Rosa Bustos de Soto poseía en la población de Utica, el Agente de Policía José Cenón Gutiérrez Guevara. Aceptó una cerveza que le ofreció su conocido Luis Beltrán Virguez, formó grupo con éste y con un compañero de Beltrán y consumió otras cervezas. Al filo de las doce, cuando la cantinera Bustos le expresó al policía que debía seis, él alegó que eran sólo tres, cuenta que la dueña aceptó para perder antes que discutir. "... El policía se acercó hacia ella en ese momento —relata el testigo presencial— y de pronto vi que le pegó la puñalada en el estómago...".

II.—EL CURSO DEL PROCESO

Sometido a la jurisdicción castrense, José Cenón Gutiérrez Guevara fue condenado a diez años de presidio y a las accesorias que precisa el fallo de segunda instancia visible a fs. 250 y s.s. del cuaderno 1º.

Recurrida en casación esta sentencia, la Corte la invalidó por sentencia de veinticuatro (24) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y ordenó reponer la actuación. Consideró entonces esta Corporación que "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 el 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 dejaron de seguir amparados por el fuero penal castrense...". Y por ello, admitió la eficacia del recurso "por haber recaído la sentencia en un juicio viciado de nulidad, lo que impone reponer la actuación a partir el auto de 17 de octubre de 1960 (folio 120 del cuaderno principal), por medio del cual se declaró cerrada la investigación".

Llamado a juicio, tramitada la causa en legal forma y afirmada, simplemente, la cuestión pro-

puesta al jurado, se dictaron las sentencias ya aludidas.

LA DEMANDA

El apoderado de Gutiérrez Guevara impugna el fallo de segunda instancia por violación del inciso segundo del numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, ya que —sostiene— hubo errónea apreciación de las declaraciones de José A. Romero Gutiérrez y Rosa Bustos y en la consideración de la hora en que ocurrieron los hechos, así como en admitir el reconocimiento, sin las formalidades legales, realizado por el testigo Luis Beltrán (fs. 75). Se dejaron de apreciar pruebas relativas al arma con que se causó la lesión mortal y se interpretó mal el testimonio de Luis Beltrán pues, fuera de su afirmación, no hay prueba de que la agredida llevara un niño en sus brazos cuando recibió aquella lesión.

Como segunda causal invoca la de haberse proferido la sentencia en un juicio viciado de nulidad (art. 56 del Decreto 528 de 1964, numeral 4º).

Y para sustentar su afirmación escribe:

"Invocó esta causal, por las razones que expondré a continuación, no sin significar a la H. Corte que anteriormente había pedido; y así me fue concedido, pedimento contrario. Me explico: en recurso anterior y con fundamento en reiterada jurisprudencia de la H. Corte, sostuve que el conocimiento y fallo de este negocio era de competencia de la justicia ordinaria,

"Ahora sostengo todo lo contrario, pero y con todo respeto, manifiesto que de ello no tiene culpa alguna el suscrito, ni se trata de un recurso rabulesco o tinterillesco, simplemente nuestro Colegislador Presidente, expidió el Decreto 1752 de 1965, conforme al cual y "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, la Justicia Penal Militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional, con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".

"Y conforme al Código de Justicia Penal Militar, (art. 308) la Justicia Militar conoce "de los delitos definidos y sancionados en el presente Código".

"Y en la providencia recurrida se da por hecho incontrovertible 'que José Cenón Gutiérrez Guevara estaba revestido, en el acto de cometer el delito, de carácter de Agente de Policía en ejercicio de su cargo', queda pues, conforme a lo anterior y con base en el Decreto en parte transcrito, bajo la jurisdicción militar.

"Podría argüirse que se trata de un delito 'en las leyes penales comunes', pero esta infracción también cae bajo la jurisdicción militar, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 308 del Código ya citado, toda vez que el delito que se le imputa, fue cometido en estado de sitio y "turbación del orden público, ya que fue cometido el 9 de julio de 1956 y por esa fecha y desde el año de 1949, por Decreto 3518 de ese año, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República y sólo volvimos, por poco tiempo, a la normalidad institucional al tenor del Decreto número 20 de 1961, legalidad que nuevamente se suspendió desde el 21 de 1965 sic), por medio del Decreto número 1288".

EL CONCEPTO FISCAL

Se opone el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal a que prosperen los motivos de casación invocados y para tal conclusión razona, en síntesis, así:

a). Que el Agente Gutiérrez Guevara no cometió el delito en ejercicio de sus funciones ni por razón de ellas; que cuando entró en vigencia el Decreto 1752 de 1965 no estaba en servicio activo; y que cae por su base la causal de nulidad alegada por el impugnante "Aun cuando se advirtiese que el Decreto 1752 de 1965 fuese aplicable a los miembros de la Policía Nacional, los cuales pertenecen a una institución civil, como expresamente lo determina el artículo 40 del Decreto Legislativo 1705 de 1960 y no poder juzgarse por los Tribunales Militares, según lo preceptúa el artículo 170 de la Constitución Nacional".

b). Que olvida el recurrente que las razones expuestas por la Corte para declarar la improcedencia, en los juicios en que interviene el jurado, de la causal referente al grave error en la apreciación de las pruebas, subsisten por la clara razón de que el jurado aprecia la prueba en un ámbito más amplio y que cuando el veredicto "VIOLA LA EVIDENCIA DEL PROCESO", compete al Juez y al Tribunal Superior dar aplicación a los artículos 537 y 534 del C. de P. P., facultad de instancia que la ley reserva exclusivamente a esos funcionarios y no da a la Corte Suprema.

Además, el actor sólo alegó —añade el Procurador— la errónea apreciación de la prueba.

CONSIDERA LA CORTE

Por medio de un fallo suyo, con todas las características de la ejecutoria, vale decir, de certeza legal, invalidó el proceso y ordenó pasarlo a la justicia ordinaria, que cumplió a cabalidad el cometido que en tal providencia se le asignó.

Entonces, cabe preguntar si la vigencia del Decreto 1752 de 1965 cambió esa situación jurídica.

Debe responderse enfáticamente que no, por cuanto —acertado o no— aquel fallo de la Corte fijó una competencia que es la que debe *continuar*, ya que está ejecutoriada y el Decreto habla de una "continuidad" de competencia que presupone el que no haya una decisión de tal índole que marque otra competencia diversa a la castrense.

No prospera, pues, la causal de nulidad invocada.

Y tampoco puede progresar la que invoca el recurrente con base en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 por las siguientes razones, tomadas de la sentencia de 27 de febrero de 1966:

"Mas tratándose de juicios en que interviene el Jurado, existen variantes apreciables como en seguida se verá.

"Con los elementos demostrativos del cuerpo del delito y de la responsabilidad a que se refiere el artículo 429 del C. de P. P., se dicta auto de proceder.

"Conforme a dicho auto se someten al Jurado los cuestionarios del caso, redactados en armonía con él (art. 28 de la Ley 4ª de 1943), y "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate". (Art. 480 del C. de P. P.).

"Esta calificación, que tiene su raíz primordial en el llamamiento a juicio, la hace el Tribunal popular según el dictado de su "personal conciencia" y atendiendo a su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga", lo que vale decir que el Jurado puede atribuirle a una prueba un valor que las reglas jurídicas y de filosofía probatoria le desconocen, o negarle un valor adscrito a ellas por normas legales o principios científicos sobre la materia, o no tomarlas en cuenta, porque para su convicción íntima puede ser desechable una que legalmente esté acreditada en el proceso. El Jurado, v. gr., puede preferir el dicho de un sindicado que, fundadamente, estima sincero, al dicho de varios testigos en quienes su conciencia advierta un interés de falsear la verdad, o puede rechazar un peritazgo, formalmente perfecto, porque su convicción íntima le lleve a creer que los peritos, por algún interés, dieron dictamen desechable.

"Vale, entonces, afirmar que el veredicto del Jurado, base insustituible de la sentencia, y por consiguiente ésta, no son vulnerables por los motivos que expresa el artículo 567 del C. de P. P., sintetizados en las palabras del estatuto de 1964 sobre casación penal, porque entonces se contrariaría esa libertad del Tribunal popular para apreciar las pruebas, nacidas del claro texto de la ley.

"Ni puede afirmarse, en consecuencia de lo anterior, que un veredicto desprovisto de fundamento deba acatarse. Las normas procesales han establecido, al efecto, que si apareciere claramente contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el Juez y consultará su decisión con el Tribunal, la que debe prosperar si "no hay en el proceso elementos de prueba que hayan permitido anclar una decisión". Pero los elementos de convicción que el Jurado aprecia en conciencia no pueden sopesarse por los Jueces de Derecho, para fundar la contraevidencia de un veredicto, en reglas jurídicas sobre técnica probatoria, puesto que esto sería oponer un criterio objetivo a una persuasión de conciencia. Sólo deben parar mientes en su ausencia.

"Esta declaración de contraevidencia del veredicto está reservada al Juez y al Tribunal por ministerio de los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal. No se ha establecido como causal de casación, por la razón clarísima de que, evaluados los hechos y las probanzas por el Jurado y admitida la realidad del veredicto por los falladores, mal podría someterse el examen de la legalidad del fallo —objeto propio de la casación— a una tercera instancia que desvirtúa la fisonomía misma de este recurso extraordinario, pues se haría prevalecer un simple punto de vista, en la valoración de los elementos de juicio, contra otra convicción —la del Jurado— que, si fundada en elementos probatorios simplemente existentes, es soberana.

"Y no se diga, como lo hace el impugnador, que donde la ley no distingue no es lícito distinguir, porque la doctrina que hoy se reitera no establece tal distinción sino que armoniza

los diversos textos de la ley, a fin de que no se desvirtúe la función del Jurado ni la naturaleza misma de la casación".

En mérito de cuyas razones, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Penal—, de acuerdo, en el fondo, con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación ameritado y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese,

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano, Julio Roncallo Acosta.

Francisco López Cruz., Secretario.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CUANDO LA NUEVA LEY SEÑALA UNA NUEVA COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE DETERMINADOS DELITOS, COMO POR EJEMPLO, AL CAMBIAR LA COMPETENCIA FUNCIONAL, LA APLICACION DE LA NORMA QUE ASI LO DISPONGA NO QUEBRANTA EL ARTICULO 26 DE LA CARTA.

La Corte declara inadmisible el recurso de hecho presentado por Fiscal de Tribunal Superior en proceso por Peculado y Falsedad documental.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio once de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, mediante providencia datada el 2 de marzo del año en curso, resolvió "sobreseer temporalmente en favor del doctor CAMILO GOMEZ OSPINA por los cargos que se le imputaron en la diligencia de indagatoria en este proceso por los delitos del Peculado y Falsedad Documental". En el mismo proveído se ordenó reabrir la investigación, conforme lo indica el artículo 433 del C. Penal.

El Fiscal Primero de esa Corporación, en escrito de 4 de mayo pasado, apeló de la providencia en mención ante la Corte Suprema, recurso que fue negado por el Tribunal en auto de 10 de mayo del referido año. Luégo, dentro del término de ley, el aludido Fiscal interpuso el 28 de mayo siguiente recurso de reposición contra el anterior auto, y adicionó el escrito en mención en el sentido de solicitar la expedición de algunas piezas del negocio para los fines de que tratan los artículo 193 del C. de P. P. y 513 y siguiente del C. de Procedimiento Civil.

El Tribunal, según providencia calendada el 3 de junio del año en cita, denegó la reposición solicitada y dispuso la expedición de las copias pedidas.

Posteriormente, el Fiscal presentó dentro del término de rigor legal ante la Corte, el escrito en que funda el derecho que cree tener a que se le conceda la apelación denegada.

El recurso se ha interpuesto con el lleno de los requisitos legales que gobiernan la materia (artículo 193 del C. de P. P. y 513 y siguientes del C. de P. Civil), por lo cual se procede a decidirlo.

El Tribunal en las providencias en que niega el recurso, aduce para ese fin las siguientes razones:

"Cuando el Tribunal falla procesos contra un Juez lo hace en única instancia, aunque se trate de procedimientos anteriores a la Reforma Judicial, y no procede contra la decisión que recae en tales procesos recurso alguno, con aplicación del Decreto 1867 de 16 de julio de 1965, en el que sustentó la negativa de la apelación.

"Las más recientes doctrinas de la Honorable Corte Suprema sobre este tema así lo establecen nítidamente. El señor Procurador Delegado en lo Penal, en concepto emitido a la H. Corte, se expresó así:

"... El Honorable Tribunal Superior de Armenia resolvió sobreseer en favor del doctor... ex-Juez del Circuito, quien fue acusado de Prevaricato... Debe de determinarse si la Corte tiene competencia en este asunto como Juez de segunda instancia".

"El Decreto 1.867 de 16 de julio del pasado año dispuso, en el segundo inciso de su artículo 10 lo siguiente:

'Por medio de su Sala Penal los Tribunales Superiores del Distrito conocerán en única instancia de los procesos que se sigan a los Jueces

de Circuito por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas".

"Es esta una norma de carácter procesal que, conforme al art. 40 de la Ley 153 de 1887, debe aplicarse desde la fecha de su vigencia, salvo en el caso de que estuvieren corriendo términos o se hubiesen iniciado actuaciones o diligencias según el procedimiento anterior.

"Al disponer el art. 10 del Decreto citado que los Tribunales Superiores conocen en única instancia de los procesos contra los Jueces de Circuito... quiere decir que eliminó las dos instancias... la Honorable Corte carece de jurisdicción para decidir sobre la consulta que se le hace...".

El Fiscal para sustentar el recurso alega lo siguiente: que la consagración por el Constituyente del equitativo principio de que la "ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable", de que trata el inciso 2º del artículo 26 de la Carta, "no ampara a la persona en el juicio criminal solo por el aspecto sustantivo del derecho penal", sino que comprende el procedimiento, especialmente cuando se trata del tránsito de legislaciones, caso en el cual se impone aplicar la ley más favorable; que sería contrario a la Constitución Nacional "imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de derecho criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa; que, en conclusión, como "este sumario se inició el 23 de septiembre de 1963, cuando se encontraba vigente el procedimiento ordinario, en donde se establece que para los casos en los cuales se juzga a Jueces de Circuito, en primera y segunda instancia", no debe aplicarse el inciso 2º del artículo 10 del Decreto Legislativo 1867 de 1965, que prevé que de estos mismos negocios conocen los Tribunales Superiores en única instancia, por medio de la Sala Penal.

En reiteradas providencias esta Sala de la Corte, al examinar y resolver casos análogos al que se encuentra sub-judice, ha expresado que cuando la nueva ley señala una nueva competencia para el juzgamiento de determinados delitos, como ocurre, por ejemplo, al cambiar la competencia funcional, la aplicación de la norma que así lo disponga no quebranta el artículo 26 de la Carta.

Examinado el proceso a la luz de dicho precepto y en concordancia con lo dispuesto en los artículos 40, 43 y 44 de la Ley 153 de 1887, o sea, en lo concerniente a las normas sustantivas, a las de procedimiento y a las que fijan la competencia en determinados jueces para decidir de los procesos, ha dicho esta Corporación lo siguiente, que en lo substancial es aplicable al evento sub-lite:

"a) En cuanto a las normas sustantivas, esto es, a las que definen nuevos delitos o imponen penas más graves, es obvio que el art. 26 de la Constitución debe tener plena aplicación, pues si así no fuera, sería darle efecto retroactivo a la nueva ley que vendría a regir hechos ya *consumados*, con evidente violación del principio de no contradicción que enseña que una cosa puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto;

"b) Respecto de las normas de procedimiento, primero, por ser de orden público, y segundo, por no referirse a *hechos consumados* sino que están en vía de realización, pues todo juicio es de tracto sucesivo, son de inmediata aplicación, sin que pueda siquiera sugerirse que el inculpado tiene *derecho* a que no se altere por el legislador las normas adjetivas existentes cuando consumó el delito, por cuanto tal prohibición no está contenida ni expresa ni tácitamente en el art. 26 de la Carta, sino autorizada expresamente en los numerales 1º y 2º del art. 76 ibídem;

"c) Al decir el memorado art. 26 que deben ser juzgados 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio', indudablemente se refiere a las leyes vigentes al momento del juzgamiento, porque mal podría ordenar la Constitución que el juicio se efectuara de acuerdo con leyes ya inexistentes por haber sido derogadas, o ante jueces que ya no existen como sucede con los extinguidos jueces penales del circuito que tenían entre otras, la atribución de conocer de las apelaciones de las sentencias proferidas por los municipales; o bien ante jueces que carecen de competencia funcional (art. 151 C. J.) según la nueva ley, o sea, que ya no existen para el juzgamiento de tales delitos;

"d) Cuando un procedimiento dado, juntamente con la competencia de determinados jueces, se señala a un grupo de delitos en consideración a su naturaleza, no puede hablarse con propiedad jurídica de que es un juzgamiento de excepción, porque está contenida en una norma objetiva de valor general e impersonal; en cam-

bio sería de excepción si el procedimiento y la competencia se fijaran en forma individual, teniendo en cuenta la persona del sindicado, o sea, para cada caso en particular;

"e) El Tribunal competente de que trata el artículo 26 se refiere al que lo fuere al momento del juzgamiento, mas no en la época en que se hubiere cometido el delito, porque si tal juez ha desaparecido, mal puede comparecer un sindicado ante un juez inexistente, como sucede con los extinguidos jueces de circuito en lo penal; o bien porque si la judicatura existe, la competencia funcional la haya atribuido la ley a otro funcionario o juez, pues el legislador no tiene ninguna limitación para ello, sino que hace uso de una facultad que le compete según el ya citado art. 76 de la Constitución".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de hecho presentado por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia contra el auto de esa misma Corporación a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse estas diligencias al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA

Análisis de las probanzas aportadas al proceso.—La confesión.—Esta se presume verídica mientras no se demuestre lo contrario y en el caso de autos, no puede considerarse como una confesión de inocencia.—Responsabilidad de los hechos investigados frente a elementos que denuncian una conducta criminosa.—Falta de atinencia jurídica de los motivos de impugnación con la cuestión sub judice.—La presunción de verdad de la cosa juzgada no puede desvirtuarse por la vía del recurso interpuesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio doce de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno M.).

VISTOS:

Por sentencia de 7 de diciembre de 1963 el Juzgado 3º Superior de Bogotá condenó por el delito de abuso de confianza a LUIS ALBERTO REYES TORRES a la pena principal de veintiún meses de prisión, a las accesorias correspondientes y en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción; ordenó la suspensión de la ejecución de la sentencia y absolvió por el mismo reato a Carlos Daniel Peinado Lobo.

El Tribunal Superior de esta ciudad al revisar por apelación y consulta ese fallo, en el suyo de 27 de febrero siguiente, lo revocó en cuanto al otorgamiento de la condena condicional y lo confirmó en todo lo demás.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el procesado Reyes Torres en escrito en que, a la par, daba poder especial para sustentarlo al doctor Daniel Alarcón Quiñones. Reconocida su personería, se concedió el recurso. Rituado éste conforme a la ley, se procede a desatarlo.

ANTECEDENTES

Por ceñirse a la realidad procesal, la Sala acoge como resumen de los hechos materia de la controversia, la relación que de ellos hace el Ministerio Público al emitir su concepto sobre la cuestión sub-judice:

"Estudiado minuciosamente el expediente se comprueba que a mediados del año de 1962, varios choferes transportadores convinieron con el señor Carlos Daniel Peinado Lobo, Gerente de la firma "Transportes Unidos Peinado Lobo Hermanos Ltda." y domiciliado en la ciudad de Cúcuta, que dicho Gerente hiciera las gestiones que fueren necesarias a fin de obtener a favor de los choferes transportadores la importación de chasises para camión.

"Para tal efecto, Carlos Daniel Peinado Lobo viajó a Bogotá y entró en conversaciones con el señor Luis Alberto Reyes Torres, a fin de que éste, en esta ciudad llevara a cabo todas las diligencias tendientes a obtener la deseada importación, ya que Reyes Torres se hizo aparecer ante Peinado Lobo como experto en el diligenciamiento de tales asuntos.

"Para que fuera posible lograr la importación deseada, los choferes transportadores le hicieron entrega a Peinado de sendos cheques comprados a los Bancos de Bogotá y Colombia (Sucursales de Ocaña) y a favor del Banco de la República. Estos cheques ascendían a la cantidad de $ 197.707.70. (Ver dictamen pericial del folio 203).

"A su turno, Peinado Lobo, que al fin y al cabo obraba como intermediario entre el acusado Reyes Torres y los choferes transportadores, le remitió desde Ocaña y por correo a Reyes Torres, los cheques comprados por los interesados en la importación, junto con otros documentos, habiéndose convenido en que los cheques serían consignados en el Banco de la República para los fines consiguientes.

"Reyes Torres al recibir los cheques los consignó, es cierto, en el Banco de la República,

pero se abstuvo de hacer figurar como importadores a quienes habían adquirido los mismos cheques y se hizo aparecer como importador y depositante a la vez (Ver folios 157 y 204). Además, las licencias correspondientes —según el propio dicho del acusado, dicho comprobado, por lo demás, en los autos— figuraban también a nombre de Reyes Torres.

"El depósito Bancario de que se habla duró algún tiempo "a la espera —tal como se anotó en la relación de hechos probados por el *a quem* en su sentencia acusada— de que salieran aprobadas las licencias de importación".

"Pero las licencias no fueron concedidas, ocurriendo que el acusado Reyes Torres, sin haber obtenido autorización de los dueños de los dineros correspondientes a los cheques que le remitiera Peinado Lobo y sin que tampoco fuera facultado, de modo verbal o por escrito, por Peinado, paulatinamente retiró, como importador y depositante que se hizo pasar ante el Banco de la República, la suma de $ 197.707.70 que, como ya se anotó, correspondía al valor de los cheques.

"Como la obtención de la importación de los chasises demorara, esto fue causa para que los interesados en ella se dirigieran a Peinado Lobo en procura de alguna explicación, y fue por ello por lo que al fin y a la postre, viajaron, desde Ocaña a Bogotá, Peinado y algunos de los transportadores con el propósito de que Peinado se entrevistara con Reyes Torres y este último le diera a aquél alguna explicación.

"Hechas en esta ciudad algunas averiguaciones se dio con el paradero de Reyes Torres. Entonces Peinado lo requirió, sucediendo que a Peinado le confesó Reyes, confidencialmente, haber dispuesto de los depósitos bancarios en cuestión, y como quiera que Peinado considerara, de acuerdo con los transportadores que lo acompañaban, que era necesario ir hasta el Banco de la República, en compañía de Reyes Torres hacia dicho Banco se dirigieron todos.

"En el de la República se pudo saber que los cheques tantas veces mencionados "estaban expedidos a favor del Banco de la República", pero que "no contenían ninguna condición expresa de que su valor debiera aplicarse a una licencia de importación de determinado importador", como lo asevera al folio 42 el testigo Jacinto Zambrano.

"También sucedió en el mismo Banco que Reyes Torres "declaró sin rodeo alguno que tales valores los había aplicado a constituír depósitos sobre importaciones distintas a las de los chasises para que estaban destinados, pero que si los interesados le daban unos cuatro días de plazo, él se comprometía a reembolsarles o devolverles el valor". (Ver declaraciones del citado Zambrano Padilla al folio 42. Ver también los folios 43 y 44 de la misma declaración).

"Reyes Torres igualmente admitió, ante otro empleado del Banco, que "había destinado esos dineros para otra clase de importaciones..." "pero con la intención de no robarlos sino de reintegrarlos posteriormente hasta el último". (Ver declaración del Coronel Antonio Ferro Fandiño al folio 43 v.).

"Y al reconocer que había dispuesto de lo ajeno, Reyes Torres ninguna explicación ofreció que justificara o excusara su conducta, como que no aseguró ante los mencionados empleados del Banco y en presencia de Peinado Lobo y de los Transportadores que acompañaban a éste, que hubiera sido autorizado por Peinado Lobo para actuar de la indicada ilícita manera".

Cabe agregar sin embargo que en su indagatoria, folio 14, y en la ampliación de ésta, folio 155, lo mismo que en la diligencia de careo que sostuvo con Carlos Peinado Lobo, folios 92 y siguientes, Luis Alberto Reyes Torres afirma que a propuesta y por autorización verbal de aquél, había retirado tales dineros para dedicarlos a negocios particulares, hecho que Peinado Lobo negó desde un principio al declarar como testigo, folio 4, luégo en dicho careo y más tarde al ser indagado, folios 124 y ss.

El mismo Reyes en su injurada al preguntársele en qué clase de negocios fueron invertidos los valores de los referidos cheques, responde:

"Pues..., varios viajes efectuados a San Andrés que se pueden comprobar a traer mercancías. El proyecto de una mejora en las operaciones comerciales para lo cual instalé la oficina de representaciones que hay en el lugar que antes cité..."

Se le pregunta:

"Díganos cuántos viajes efectuó usted a San Andrés, qué cantidad de dinero invirtió en la compra de mercancía, si de esos negocios hubo ganancias y cuál fue la proporción que se dividieron por tales ganancias?", y contesta:

"Al rededor de unos ocho viajes. Unas veces fue mi señora y otras yo. Siempre íbamos acom-

pañados y en una ocasión mi señora fue con una amiga Cecilia de Cortés, calle 61 con carrera 17. No sé el número. Se invirtieron aproximadamente unos CINCUENTA MIL PESOS. En el montaje de la oficina se invirtieron unos VEINTICINCO MIL PESOS. Se compró un carro marca Pontiac que se destinó para uso particular exclusivamente para mí. El carro costó VEINTICINCO MIL PESOS y fue comprado a un tercero que no recuerdo quién sea. Yo vendí dicho vehículo a un señor cuyo nombre no recuerdo. Lo vendí por VEINTE MIL PESOS después de haberlo usufructuado unos cuatro meses. La participación del señor Peinado era exactamente el valor de mi comisión en la importación de chasises o sea MIL TRESCIENTOS PESOS por cada chasis".

Y cuando se le inquiere sobre las gestiones realizadas por él para retirar el valor de los aludidos cheques, responde:

"Pues se presentaron las licencias debidamente legalizadas porque si no hubiera sido así el Banco no hubiera recibido los cheques y luégo posteriormente se presentaban para la devolución de los depósitos. Esas licencias estaban a nombre mío y para la importación de otros vehículos. Con la autorización verbal recibida del señor Peinado para la inversión de otros negocios diferentes a la importación de los chasises el suscrito presentó licencias a su nombre con los depósitos respectivos los cuales se retiraron luégo".

Se le pregunta:

"La licencia a que usted se acaba de referir, para qué clase de importaciones la utilizó?", y contesta:

"Para ninguna. El objeto de presentar dicha licencia era para retirar el valor de los 18 cheques (sic) que se me habían entregado para la importación de los chasises";

Luégo se le interroga en estos términos:

"De manera señor Reyes que la licencia que usted presentó para poder retirar el valor de los 18 cheques, era ficticia?", y repuso: "Sí señor".

Todavía es menester añadir que Luis Alberto Reyes en su injurada cita a Gustavo Labrador como testigo presencial de la autorización verbal que asevera haberle dado Carlos Peinado Lobo para retirar los dineros que estaban consignados en el Banco de la República con destino a la importación de los chasises.

Sin embargo, Labrador, que confiesa ser amigo de Reyes, no verifica esa referencia. En efecto, cuando se le pregunta si aquello es cierto, contesta: ". . . Yo nunca oí ninguna conversación donde se autorizara al señor Reyes para retirar ningún dinero del Banco de la República". (Ver folios 75 a 75 vto.).

Además, mediante prueba pericial, folios 203 a 206, se comprobó la existencia de los recibos de depósito, se estableció que esos depósitos se hicieron a nombre de Luis Alberto Reyes Torres, que su reintegro se hizo a éste, que el Banco se limitó a entregárselos "de acuerdo con la autorización previa de la Oficina de Registro de Cambio", que la "devolución cursó por intermedio del Banco Industrial Colombia —Sucursal La Magdalena - por el sistema de "CANJE"; que tales recibos fueron consignados a la cuenta corriente que Reyes Torres tenía en éste y sobre cuyos valores giró en la forma que se discrimina en ese dictamen.

Frente a estos elementos de convicción, a los que implícita o explícitamente se alude en los resultados de la sentencia recurrida, el Tribunal considera:

"Como ya se dijo, de autos aparece plenamente demostrado que el señor Luis Alberto Reyes Torres recibió por conducto del señor Carlos Daniel Peinado Lobo, cheques contra el Banco de la República por un valor aproximado de doscientos mil pesos, instrumentos que le fueron confiados a Reyes Torres para que en su oportunidad atendiera el pago de la importación de unos chasises para camión.

"Por otra parte, también está suficientemente acreditado en el expediente que el señor Luis Alberto Reyes Torres dispuso abusivamente de esos fondos que le habían sido confiados, en provecho propio. Sin que sus pretendidas y pueriles disculpas sean atendibles, porque él bien sabía que esos dineros no eran de propiedad de Peinado Lobo y que por lo tanto éste no podía en manera alguna autorizarlo para gastarlos. Por otra parte, también resulta inaceptable la insinuación de Reyes Torres en el sentido de que Peinado Lobo lo autorizó verbalmente para disponer de esos dineros, porque si en el ánimo de este último hubiese existido el propósito de proceder en su provecho de esa manera ilícita, no habría tenido necesidad de compartir ganancias con un tercero, sino que lo hubiera hecho personalmente.

"De tal suerte que el proceder doloso del incriminado Luis Alberto Reyes Torres al apropiarse en su provecho de dineros que le habían sido confiados a un título no traslaticio de do-

minio, en el caso presente no puede remitirse a la menor duda. En cambio, la conducta del señor Carlos Daniel Peinado frente a los hechos aquí investigados no lo compromete para señalarlo responsable como coautor o cómplice".

Y en consecuencia, decide como ya se expresó.

DEMANDA Y RESPUESTA

El actor divide su libelo, formalmente ajustado a la ley, en cinco capítulos. En el primero se refiere a los hechos del proceso; transcribe como síntesis de los mismos la que hacen los juzgadores de instancia cuyo relato glosa. En el segundo señala así las causales que invoca: "Como principal se impetra el motivo segundo que consagra para la casación el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y como consecuencial se invoca la causal primera, que estructura tal norma...". En el tercero se vierten los "Resultandos" y "Considerandos" del fallo recurrido y se rechazan las apreciaciones del Tribunal. El cuarto se intitula "Demostración de la causal segunda" y con fundamento en ella se formulan cinco cargos a la sentencia. A la causal primera se refiere el último capítulo. Termina la demanda con esta petición: "Solicito que se INVALIDE la sentencia recurrida y, en su defecto, se dicte fallo absolutorio a favor del señor LUIS ALBERTO REYES TORRES en este proceso (Art. 570, letra A del C. de P. P.)".

Detenidamente el Ministerio Público estudia ambas causales y concluye su enjundioso análisis pidiéndole a la Corte que no case la sentencia.

Procede ahora la Sala a sopesar los motivos de impugnación de dicho fallo.

Causal segunda.

Los tres primeros cargos que a través de ella se formulan, se pueden resumir, siguiendo el concepto del Ministerio Público en cuanto a los dos primeros, así:

a) El primer cargo consiste en asegurar que por no haber tenido en cuenta el Tribunal "la existencia del contrato verbal verificado entre los transportadores y Carlos Daniel Peinado Lobo..., por el cual se comprometía Peinado Lobo en tramitar las licencias de importación de chasises para camión a cambio del pago de la cuota de afiliación de los transportadores a la Empresa, de una comisión que él percibió exclusivamente para sus gastos y de una comisión que había de pagarse a Reyes Torres cuando éste obtuviera la aprobación de las referidas licencias, en el Ministerio de Fomento", tal hecho o la celebración de tal contrato fue apreciada erróneamente y las pruebas testimoniales que sirven para demostrar ese convenio no fueron ni siquiera mencionadas en la sentencia, con todo lo cual se tiene que fue infringido el artículo 224 del C. de P. P.

b) El segundo cargo también se roza con el contrato verbal acordado entre los transportadores y Peinado Lobo, y al ser formulado se afirma que no fue tenido en mientes por el fallador que ese contrato se celebró "hacia el mes de abril de 1962, cuando ya había muerto el señor Luis Reyes Andrade, a quien se hizo figurar como persona existente" para la fecha de los recibos que obran del folio 86 al 121 y para la fecha del recibo del folio 153.

c) "El tercer cargo —dice el demandante— que se propone y demuestra contra la sentencia impugnada consiste en el desconocimiento que hizo el Tribunal *ad quem* del hecho plenamente demostrado en este proceso y consistente en la apropiación por parte de Peinado Lobo de la comisión que inicialmente se había pactado sería percibida por Reyes Torres al salir aprobadas las licencias de importación de los chasises, por el Ministerio de Fomento. Tal hecho, tuvo ocurrencia, como se infiere del texto de los documentos privados visibles de folio 86 a 87 y de folios 115 a 121 y del folio 153, a partir de junio 14 de 1962, vale decir tiempo después a cuando se había verificado el contrato verbal de comisión entre Peinado Lobo, como Gerente de la Empresa "Transportes Unidos Peinado Lobo Hermanos Ltda.", y los transportadores. Este hecho no pudo dejar de ser confesado como cierto por Peinado Lobo al reconocer tales documentos (fs. 132 y 135). Por este aspecto de nuevo se infringieron las normas que atribuyen el valor a la prueba documental".

Todos esos cargos tienden a desplazar la responsabilidad del recurrente en Carlos Daniel Peinado Lobo.

Se responde:

Es manifiesta la falta de atinencia jurídica de esos tres motivos de impugnación con la cuestión sub-judice. A Peinado Lobo lo ampara la presunción de verdad de la cosa juzgada, y ella no puede desvirtuarse por la vía del recurso interpuesto.

Además, el primer cargo carece, como observa también el Ministerio Público, de significa-

ción, pues, aunque se parta de la realidad del contrato o convenio a que alude el impugnador, es lo cierto que la cuestión principal y debatible en casación se refiere, no propiamente a lo acordado entre Peinado Lobo y los choferes transportadores interesados en la importación de los chasises, sino a lo convenido entre Peinado Lobo y Reyes Torres, a fin de que este último adelantara ante el Ministerio de Fomento las diligencias indispensables para que fuera posible la importación a que aspiraban los transportadores.

En cuanto al segundo, o sea, al proceder que Peinado Lobo hubiera tenido para con dichos transportadores, es, como ya se dijo, cosa juzgada y no tiene tampoco nada que ver con la casación interpuesta.

Lo mismo cabe decir del tercero, por constituir una acusación contra aquél, acusación de la cual, como de otras que se le hicieron, fue absuelto. La materia, otrosí, es totalmente ajena a la controversia.

Cuarto cargo.—Lo formula el actor así:

"... se estructura con el hecho de la existencia del contrato verbal de mutuo a condición, que quedó perfeccionado cuando el señor Peinado Lobo autorizó *verbalmente* a Reyes Torres para disponer del dinero que representaban los depósitos. Este hecho infiere su comprobación plena de la manifestación inequívoca y segura hecha por Reyes Torres durante las diligencias en que ha intervenido en este proceso e incluso por la aseveración hecha en igual sentido ante Peinado Lobo, en diligencia de careo (fls. 92 y ss., y 103 y ss.). Pero se deduce, además, lógicamente del hecho inequívoco y evidente de la apropiación hecha por Peinado Lobo de la comisión que habría de corresponder a Reyes Torres, por su gestión ante el Ministerio de Fomento, y *la cual sería cobrada solamente a los transportadores cuando fueran aprobadas las licencias de importación en tal entidad oficial*, como ya se demostró en el cargo anterior esta apropiación se verificó a partir de junio 14 de 1962 o sea precisamente antes a cuando Luis Alberto Reyes Torres sin violar ninguna disposición reglamentaria o legal reclamó del Banco de la República el reintegro sucesivo de los dineros que allí habían sido depositados en cuantía aproximada de doscientos mil pesos ($ 200.000.00). En efecto, como está comprobado al folio 204 del dictamen pericial rendido por miembros de la Superintendencia Bancaria, dichos reintegros se hicieron a partir de julio 17 de 1962 y en las fechas siguientes a la anterior, así: agosto 31, septiembre 22, y diciembre 11 de 1962 y febrero 19 de 1963, cuando se hizo el último reintegro de parte de tales depósitos al señor Reyes Torres.

"En contra de la afirmación que hace el señor Reyes Torres sobre la existencia y verdad de la autorización verbal que le dio Peinado Lobo para disponer de tales dineros no aparece sino la contradictoria, interesada y falta de toda comprobación de la negativa de Peinado Lobo", cuyo testimonio descalifica por los motivos que enumera según la personal apreciación que hace de las pruebas con que lo confronta, para restarle todo motivo de credibilidad, agregando más adelante:

"Indiscutiblemente Peinado Lobo abusó de las facultades que le habían conferido a él los transportadores, toda vez que éstos han negado haber dado autorización a aquél para disponer del dinero que representaban los depósitos, mientras salían aprobadas las licencias de importación. Pero de este hecho no puede inferirse, sin violación de las más elementales leyes del recto discurrir, que Peinado Lobo no hubiera impartido autorización a Reyes Torres para que dispusiera de tal dinero y a cambio de la comisión que representaba en total VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS PESOS ($ 23.400.00), y que inicialmente se había convenido era para Reyes Torres por su gestión ante el Ministerio de Fomento para lograr la aprobación de las referidas licencias de importación. Un hecho sí es indiscutible: que Peinado Lobo dio a Reyes Torres tal autorización en los transportadores (sic), quienes jamás celebraron negociación alguna con Reyes Torres. (fls. 23 a 24 del cuaderno 43)".

De donde deduce el actor que la confesión de su representado no fue apreciada en legal forma; que los testimonios de los transportadores fueron menospreciados; que se desconoció en todo su valor el dictamen pericial de autos, por cuyo motivo no se tuvo en cuenta lo prescrito por los artículos 204 y 268 del Código de P. P.; que fue desestimada la prueba relacionada con los recibos ya mencionados; que el dicho de Peinado Lobo fue aceptado con menoscabo de claras normas del procedimiento penal; que tampoco se tuvo en mientes el documento del folio 292, y, a su turno, fueron desconocidas las certificaciones visibles a los folios 65 y 66 y no fue apreciado tampoco el testimonio rendido por el doctor Aldo Bazzani.

Se responde:

La respuesta que a este cargo da el Ministerio Público se ajusta a la evidencia de los hechos, y, por eso, la prohija la Sala:

La brevedad que es propia del fallo recurrido —dice— no conduce a considerar que el *ad quem* desconociera las probanzas que componen el proceso, y que esas mismas probanzas hubieran dejado de ser analizadas y tenidas en cuenta a la hora de resolver.

En la sentencia de segunda instancia se destaca, como base fundamental de la condenación impuesta, el hecho suficientemente demostrado en autos de que el acusado Luis Alberto Reyes Torres en manera alguna pudo acreditar el hecho de haber recibido autorización verbal de parte de Peinado Lobo para disponer en su provecho del dinero correspondiente a los cheques que a Reyes le entregó Peinado con el objeto ya conocido.

Se destaca tal hecho, que es el central, que es el decisivo, y se considera que Reyes Torres "dispuso abusivamente de esos fondos que le habían sido confiados, en provecho propio" (fl. 6). Se agrega que las explicaciones del acusado resultan pueriles e inatendibles.

Y en todo esto está en lo cierto el juzgador, porque la verdad es que el propio testigo, a quien recurrió Reyes Torres en su inicial e inútil pretensión de exonerarse de toda responsabilidad, testigo que se llama Gustavo Labrador, en manera alguna confirma la especie aquella de que en presencia de Labrador, Peinado le propuso a Reyes "que él podría conseguir que los clientes esperaran a que saliera el negocio", para que mientras tanto, Peinado y Reyes trabajaran con el dinero de los choferes transportadores, reconociéndole Reyes a Peinado una comisión por tal concepto.

No confirma el testigo al acusado. Muy por el contrario, al declarar pone de presente la impostura de Reyes Torres, pues interrogado sobre el particular, niega haber sido testigo de que en su presencia Peinado hubiera autorizado a Reyes para disponer del dinero en cuestión.

Aquí la ocasión para afirmar que Reyes Torres nunca abrigó un sano propósito de cumplir con el encargo que le hiciera Peinado Lobo en favor de los choferes transportadores interesados en la consecución de licencias para la importación de chasises. Desde un principio actuó de mala fe, pues comenzó, al consignar los cheques que le remitiera Peinado, por hacerse aparecer ante el Banco de la República como depositante de los dineros y como importador. Posteriormente, le resultó muy fácil retirar los fondos depositados presentando (como él mismo lo reconoce) una licencia ficticia, y ya en posesión del dinero se entregó a darse la gran vida, comprando un automóvil para su exclusivo beneficio, viajando en varias ocasiones a la Isla de San Andrés en plan de turista y comprador de valiosas mercancías, y gastando buena parte del dinero que recibió del Banco de la República en otras necesidades personales.

Al reclamársele su proceder, o mejor, al exigírsele por Peinado Lobo una explicación, Reyes —como se ha observado— no supo justificarse, pero ni siquiera disculparse. En presencia de los empleados del Banco, Coronel Ferro Fandiño y señor Jacinto Zambrano, no se atrevió a alegar que si había retirado los dineros del Banco y dispuesto de ellos, había sido porque le diera autorización Peinado Lobo. Su actitud de entonces fue de reconocimiento paladino del abuso de confianza cometido por él únicamente. (Ver fls. 43 y 48 v. del cuaderno principal).

Lo hasta aquí expuesto indudablemente sirve para que se le dé razón al *ad-quem* cuando considera en su sentencia que las explicaciones dadas por el acusado Torres son inaceptables porque la supuesta autorización verbal de que el mismo acusado habla jamás fue dada por Peinado Lobo.

Inane resulta, por consiguiente, este motivo de impugnación.

Quinto cargo.—Se afirma como tal, que en el fallo que se demanda no se le atribuyó a la confesión de Luis Alberto Reyes el mérito que le corresponde; que se le negó su verdadero valor o sea el que le confiere el artículo 255 del C. de P. Penal, el cual debió reconocerse porque fue rendida en la forma que dicho texto prevé y la amparaba la presunción de veracidad que el mismo le asigna, teniendo además el respaldo de las pruebas que cita el actor, para llegar a la conclusión de que esa confesión es indivisible y que el Tribunal erró al no aceptar fraccionándola, la existencia de la autorización verbal que el recurrente asevera haberle dado Peinado Lobo para disponer de los depósitos.

Se contesta:

Bajo diferente presentación, este cargo se identifica en el fondo con el anterior. Por diferente camino se torna a afirmar que el proceder ilícito de Reyes Torres se justifica en presencia de aquella autorización y que toda la responsabilidad de los hechos recae sobre Peinado Lobo.

Sin embargo, la confesión se presume verídica mientras no se demuestre lo contrario, y en es-

te caso la de Reyes Torres no puede considerarse como una confesión de inocencia. En sí misma contiene elementos que denuncian su conducta criminosa y, además, aparece desvirtuada con lo declarado por Carlos Peinado Lobo, por los empleados del Banco de la República, señores Zambrano y Fandiño, lo mismo que por el testimonio de Gustavo Labrador.

Frente a dicha situación podía el Tribunal dividir esa confesión como lo hizo.

Aparte de esto, al pretender el actor demostrar este cargo, no hace otra cosa en su análisis probatorio que oponer, como dice el Ministerio Público, su personal criterio de apreciación al criterio adoptado por los juzgadores de una u otra instancia, sin conseguir a la postre demostrar que el *ad-quem* hubiere incurrido, al valorar la prueba, en un error protuberante, en una equivocación manifiesta que como tal pudiera permitir la invalidación de la sentencia.

Este cargo es, pues, como los otros igualmente inconsistente.

Causal primera

Se invocó como subsidiaria de la anterior. Por consiguiente, siendo infundada ésta, no puede prosperar la consecuencial.

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 Procurador, NO CASA la sentencia recurrida y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS.—DEBATE PROBATORIO SOBRE HECHOS PRESUNTIVAMENTE MODIFICADORES DE LA RESPONSABILIDAD.—INTERPRETACION DE VEREDICTOS.—

Improcedencia del debate sobre evaluación de la prueba ante la Corte, con base en la causal 2ª, en juicios con intervención del Jurado.—Constante doctrina de la Sala sobre este particular.—Insoslayable obligación del recurrente de precisar las formas procesales pretermitidas, cuando se invoca la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P.

1.—Un debate sobre la evaluación de la prueba solo es procedente a través de la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P., hoy invelucrada en el numeral 1º del artículo 56 del Decreto extraordinario número 528 de 1964. Pero ello no puede siquiera intentarse en el presente caso, porque como lo ha sostenido esta Sala en la más constante de sus doctrinas, en los juicios en que interviene el Jurado carece de pertinencia la causal 2ª de casación, no solo porque éste es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción, sino porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de que el veredicto es contraevidente, hipótesis que no ha sido consagrada como motivo de casación.

2.—Cuando se invoca la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., reproducida en esencia, bajo el mismo numeral, por el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, afirmando que al procesado se le cercenó o desconoció el derecho de defensa, el recurrente tiene la obligación insoslayable de precisar cuáles fueron las formas procesales preterm**itidas, y por qué tal omisión infringió las** garantías fundamentales previstas en el artículo 26 de la Carta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, doce de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

En sentencia del diecisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y tres el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil confirmó en todas sus partes la de primer grado, mediante la cual el Juzgado Tercero Superior del Socorro condenó a PASION RODRIGUEZ GARCIA (a. "Chulo Mojado"), Pedro Pablo Gómez (a. "Siete Sangres"), Carlos Dimas Gómez (a. "Peligro") y Félix Angel Vargas (a. "Bocanegra"), a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio, cada uno, más las accesorias correspondientes, como responsables de los siguientes delitos: "HOMICIDIO PERFECTO en Rita Emma Fontecha de Pardo, Verónica Pardo Fontecha y Ana Rosa Pardo; HOMICIDIO IMPERFECTO en Luis Alberto Pardo; VIOLENCIA CARNAL en Verónica Pardo Fontecha, y CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO de Luis Alberto Pardo y su familia, hechos sucedidos durante la noche del diez al once de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, en el sitio denominado San Francisco, vereda de Vizcaínos, corregimiento de Landázuri en jurisdicción del Municipio de Vélez". (fs. 324 a 364 del Cd. 2º y 9 a 27 del Cd. 3º).

El fallo de segundo grado fue recurrido en casación por Pasión Rodríguez García, recurso que posteriormente sustentó ante la Corte mediante apoderado especial

ANTECEDENTES

En el auto de proceder se narraron los hechos que originaron el proceso en los siguientes términos, que consultan la realidad procesal:

"Luis Alberto Pardo, de cincuenta y seis años en mil novecientos cincuenta y nueve, tenía su residencia en el sitio de "San Francisco", vereda de "Vizcaínos" en jurisdicción del Corregimiento de Landázuri del Municipio de Vélez. Casado con Rita Emma Fontecha, había procreado

varios hijos, entre quienes son interesantes para este proceso Juvenal, Verónica, Sagrario y Dolores; ésta, a su vez, tenía una hija: Ana Rosa Pardo.

"La familia se había distinguido entre sus vecinos y conocidos por su laboriosidad y honradez y por su permanente buena disposición para servir.

"Hace años se estableció en esa misma región del Carare Pasión Rodríguez García, oriundo de Cite, casado en Suaita con Dioselina Niño y padre de un hijo, Germán. Luego de varias negociaciones sobre pequeñas parcelas, adquirió una, colindante con la familia Pardo-Fontecha y en la casa de ésta fue bien recibido y auxiliado cuando llegó a establecerse. Allí le dieron de comer y lo alojaron.

"Pasión Rodríguez, probablemente buen trabajador, no parece distinguirse como buen vecino ni como hombre grato. Por razones de colindancia tuvo inconvenientes con varios colonos, con Carlos Gómez Ribero, por ejemplo; pero el problema de más graves características se suscitó con Luis Alberto Pardo, por un camino que debía pasar por la propiedad de éste. La autoridad lugareña intervino, enseñó a las dos partes para que conservaran la paz y mantuvo el derecho alegado por Rodríguez para transitar por las propiedades de Pardo. Ni el triunfo de sus aspiraciones ni la remembranza de anteriores favores recibidos fueron estímulo para que Pasión Rodríguez depusiera la tremenda malquerencia contra la familia Pardo-Fontecha, de que hizo innobles manifestaciones en más de una ocasión, después de terminado el pequeño pleito. Así, pues, un año antes de estos hechos, según relata Jacinto Niño, suegro de Rodríguez, llegaron a la casa de éste tres hombres desconocidos, armados a la usanza de la llamada 'gente del monte', y Pasión les aconsejó que atentaran contra los intereses y la honra de la familia Pardo-Fontecha, y, efectivamente, los tres delincuentes fueron allí, atacaron y atemorizaron a esas buenas gentes, les robaron una exigua suma de dinero que tenían y violaron a Sagrario, hija del matrimonio, de quien Pasión había dicho a los bandoleros que era 'muy repelente' y que podían aprovecharla. Y hay abundante información de que este sindicado procuraba constantemente hacer objeto de la animadversión del vecindario a los Pardo-Fontecha, diciendo que eran ladrones, o asignándoles una filiación política distinta a la predominante en la región, indudablemente con el fin de exponerlos a la retaliación sectaria que tantas vidas ha segado por allí.

"Don Carlos Gómez Ribero no tuvo mayores problemas con Pasión Rodríguez; si bien los distanció alguna discusión por los linderos, su vecino se mostró más dispuesto a terminar las diferencias, quizá porque Gómez era menos tolerante, menos pacífico, menos resignado que Luis Alberto Pardo. Pero Pasión Rodríguez se hizo amigo de los hijos de Gómez, de Pedro Pablo y Carlos Dimas, y, conocido este proceso, bien puede afirmarse que para este colono también fue fatal la morbosa influencia de Rodríguez García.

"Pedro Pablo Gómez González contaba veinticuatro años de edad por la época en que ocurrieron los hechos que se estudian; había prestado el servicio militar, y aunque hay bastantes buenas referencias sobre sus condiciones personales, tampoco falta la insinuación de que formó parte de grupos de bandoleros. Su hermano Carlos Dimas, de más de diez y ocho años por la misma época no había salido del hogar paterno que, justo es reconocerlo, parece que estaba orientado por las sanas costumbres de los progenitores, a pesar de que no faltaban en él las discordias domésticas, apenas naturales en su condición.

"El domingo diez de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, don Carlos Gómez Ribero y su hijo Pedro Pablo, concurrieron al mercado de Cimitarra y allí se encontraron con Pasión Rodríguez; al lado de los quehaceres ordinarios, hubo oportunidad de ingerir bebidas embriagantes, y en las horas de la tarde, los tres regresaron a la vereda de 'Vizcainos' en donde vivían.— Infortunadamente, Carlos Dimas no cumplió su obligación de sacar a la carretera la bestia que debía transportar hasta la casa el mercado hecho en Cimitarra y esta omisión causó airada reacción de don Carlos Gómez, quien al llegar a su habitación tuvo enojosos incidentes con su esposa y sus hijos; estos, apaleados y apedreados por el padre, abandonaron la casa y se encaminaron a la de su vecino Pasión Rodríguez, a quien manifestaron que les era difícil continuar soportando la severidad de su padre y que pensaban 'meterse al monte', vale decir, lanzarse a la vida de bandoleros.

"Aquella decisión fue notoriamente bien recibida en el ánimo criminalmente predispuesto de Pasión Rodríguez, quien inmediatamente se ofreció para acompañarlos y les propuso iniciar sus actividades con el sacrificio total de la familia Pardo-Fontecha; el acuerdo fue inmediato y contó también con la colaboración de Félix Antonio Vargas, trabajador y compañero de los Gómez.

"Los Gómez llevaban cuando llegaron a donde Rodríguez, una escopeta; mas como les pareció insuficiente el armamento, Pedro Pablo fue en busca de su madre, que también se había salido de la casa a consecuencia del disgusto con el esposo y llevaba consigo un revólver, y le quitó esta arma. Ya equipados con las dos armas de fuego y con peinillas, los criminales discutieron y acordaron los nombres de guerra que debían distinguirlos: Pasión Rodríguez conservaría su apodo de 'Chulo Mojado'; Pedro Pablo Gómez Gonzáles se llamaría 'Siete Sangres'; Carlos Dimas Gómez González, 'Peligro o Chiquitín', y Félix Antonio Vargas, 'Bocanegra'; y para completar los preparativos de la expedición, todos se tiznaron la cara con carbón.

"La casa de la familia Pardo-Fontecha, es de la típica construcción que se levanta sobre 'Zancos' o columnas de madera, sin cerramiento alguno en la parte inferior o 'primer piso', y con un segundo piso o 'zarzo' adaptado para la vivienda; los sindicados llegaron allí a eso de las once de la noche y ordenaron a los moradores, bajo amenaza de disparales sus armas, descender del lugar en donde ya se encontraban durmiendo y cuando tuvieron a su alcance a Luis Alberto Pardo, a Rita Emma Fontecha de Pardo, a Verónica Pardo Fontecha, de unos once años de edad, y a Ana Rosa Fontecha, nieta del matrimonio y de unos cinco años de edad, ataron a los mayores y a todos los condujeron a un potrero distante de la habitación y del camino.

"Una vez en el lugar que juzgaron más conveniente, iniciaron la agresión contra el esposo a quien le hicieron dos disparos de revólver, lesionándolo probablemente con uno solo de ellos; Luis Alberto Pardo cayó, pero como la herida no fue de mayor gravedad, logró emprender precipitada huida y librarse de la muerte escondiéndose en un lugar próximo en donde esperó el amanecer; con los forajidos quedaron las mujeres: A la esposa de Pardo le dieron muerte inmediatamente después, descuajándole la cabeza a golpes de machete; a las niñas de once y cinco años, las sometieron al acceso carnal y luego las decapitaron, sin que valieran suplicantes implo-raciones de perdón para sus vidas.

"Los Gómez y Vargas se retiraron de 'Vizcaínos' hacia la región de 'La Toroba'; Pasión Rodríguez permaneció en su casa y sólo fue necesario que las gentes se informaran de tan monstruoso crimen para que empezaran a señalarlo como responsable. Acobardado por el asesinato, huyó a Susita y allí fue capturado; los Gómez regresaron a la casa paterna pocos días después y cayeron en poder de las autoridades; Félix Antonio Vargas sigue eludiendo la justicia".

Luego, en capítulo separado, la providencia enjuiciatoria contiene un detenido análisis de las pruebas referentes a la materialidad de los delitos investigados y a la responsabilidad de cada uno de los copartícipes en los diferentes hechos criminosos. Y a continuación, compendiando ese examen probatorio, se expresa:

"Como consecuencia de lo dicho y transcrito ha de afirmarse que la prueba de autos que señala a Pasión Rodríguez García, Pedro Pablo y Carlos Dimas Gómez González y Félix Angel Vargas, como autores materiales de los delitos, es plena. Porque no solamente obra la confesión de quien concibió los crímenes y determinó a los demás sindicados a obrar, sino que es evidente la demostración de la oportunidad física para delinquir, por la proximidad a las víctimas y por la posesión de los medios idóneos, que surge de los testimonios de Dioselina de Rodríguez y de Jacinto Niño Avila; y porque las manifestaciones de los sindicados con posterioridad a los hechos contradictorias, contrarias a la verdad, inseguras y desmentidas en sus aspectos fundamentales, son indicios muy claros de su responsabilidad.

"Y esa responsabilidad debe deducirse para todos los delitos, con sujeción a la norma del artículo 19 del Código Penal, concepto que no ofrece dificultad en cuanto a la violación del domicilio y a los homicidios ya que es perfectamente claro que todos tomaron parte en los actos de preparación, ejecución y consumación de ellos. En efecto, Pasión Rodríguez lanzó la idea que los demás acogieron sin objeción; todos iniciaron la preparación de los delitos discutiendo sobre la idoneidad de las armas, proveyéndose de las que juzgaron necesarias y ocultando sus nombres y su identidad física; todos participaron en la ejecución y en la consumación de los delitos penetrando a la casa, atemorizando con amenazas a las víctimas para obligarlas a ponerse a sus órdenes, atándolas, obligándolas bajo la grave coacción del miedo a salir de su habitación, eligiendo el lugar del sacrificio quizá con miras a la ocultación de los crímenes, atacándolas con sus armas o simplemente colaborando con su presencia a dificultar la defensa de esas gentes y estimulándose entre sí para el logro de su propósito.

"No es tan clara la cuestión en cuanto al delito de violencia carnal, ya que sólo hay certeza de que Pedro Pablo Gómez hizo uso de Ve-

rónica Pardo Fontecha. Pero si se reflexiona un poco sobre las circunstancias que hicieron posible la consumación de ese delito, habrá de concluírse necesariamente que sin el concurso de los otros sindicados, sin la coacción moral que todos aportaron, la infracción no habría sido posible. O mejor, para emplear los términos de la ley, Pasión Rodríguez, Carlos Dimas Gómez y Félix Angel Vargas, prestaron a Pedro Pablo Gómez una cooperación sin la cual el delito de violencia carnal no habría podido consetarse. La violación de la menor fue un aspecto del desarrollo lógico de los acontecimientos que todos los sindicados planearon y ejecutaron con miras a obtener la eliminación de la familia Pardo-Fontecha".

Como conclusión de esas premisas, Pasión Rodríguez García y sus copartícipes fueron llamados a responder en juicio criminal, no sin expresarse claramente en la parte motiva del enjuiciamiento que los homicidios a que se contrae el proceso fueron perpetrados dentro de las circunstancias previstas por los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, (fs. 191 a 229, Cd. 2º).

Con ocasión de la audiencia pública el Juez de la causa propuso a la consideración del Jurado las cuestiones que obran a folios 304 y siguientes del cuaderno segundo, en número de seis para cada uno de los procesados, e iguales para todos, salvo el cuestionario relativo a Pedro Pablo Gómez, acusado como autor principal del delito de violencia carnal. Y según constancias visibles al folio 298 ibidem, esas preguntas pudieron ser confrontadas por los jueces de conciencia con el auto de proceder, que en copia les fue suministrada para su información, comparación que desde luego también tuvieron oportunidad de hacer durante las audiencias los defensores y el representante del Ministerio Público.

No obstante que en la vista pública los señores defensores realizaron un esfuerzo dialéctico para demostrar que en el proceso no existía, con respecto a la responsabilidad de los reos, la plena prueba que la ley exige para condenar, la respuesta del Tribunal popular fue afirmativa para todos los cuestionarios, cuyo texto, en relación con Rodríguez García, importa transcribir:

"CUESTION PRIMERA.—El acusado PASION RODRIGUEZ GARCIA es responsable de haber tomado parte en la ejecución de la muerte ocasionada a Rita Emma Fontecha de Pardo por medio de las heridas descritas en la diligencia de reconocimiento del cadáver que obra al folio ocho del sumario, con el propósito de matar, hecho cometido en la noche del diez al once de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, en la vereda de 'Vizcainos' del Corregimiento de Landázuri del Municipio de Vélez, y en la ejecución del hecho obró el procesado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad?

"CUESTION SEGUNDA.—El acusado PASION RODRIGUEZ GARCIA es responsable de haber tomado parte en la ejecución de la muerte ocasionada a la niña Verónica Pardo Fontecha por medio de las lesiones descritas en la diligencia de reconocimiento del cadáver visible al folio ocho vuelto del sumario, con el propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, hecho perpetrado en las mismas circunstancias de tiempo y lugar a que se refiere la cuestión primera?

"CUESTION TERCERA.—El acusado PASION RODRIGUEZ GARCIA es responsable de haber tomado parte en la ejecución de la muerte ocasionada a la niña Ana Rosa Pardo por medio de las heridas descritas en la diligencia de reconocimiento del cadáver que obra al folio ocho del sumario, con el propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad...?

"CUESTION CUARTA.—El acusado PASION RODRIGUEZ GARCIA es responsable, sí o no, de haber dado principio —en concurso con otras personas— a la ejecución de actos tendientes a ocasionar la muerte a Luis Alberto Pardo, por medio de la herida causada con proyectil de arma de fuego, descrita al folio primero vuelto del sumario, no habiéndole ocasionado la muerte por circunstancias ajenas a su voluntad, y en la ejecución del hecho obró el procesado con el propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad...?

"CUESTION QUINTA.—El acusado PASION RODRIGUEZ es responsable, sí o no, de haber tomado parte prestando un auxilio o cooperación a Pedro Pablo Gómez González para someter al acceso carnal a Verónica Pardo Fontecha, menor de catorce años, mediante el uso de la violencia física y sin el consentimiento de la ofen-

dida, auxilio o cooperación sin los cuales el acceso carnal no habría podido consumarse...?

"CUESTION SEXTA.—El acusado PASION RODRIGUEZ GARCIA es responsable, sí o no, de haberse introducido arbitrariamente y contra la voluntad de sus dueños en la casa de habitación de Luis Alberto Pardo y Rita Emma Fontecha de Pardo..., hecho perpetrado en concurso con otras personas...?"

Acatando la ya anotada respuesta afirmativa de los jueces de conciencia, se pronunciaron las sentencias condenatorias de que se habló en el preámbulo del presente fallo.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Ha sido sustentado por abogado inscrito en la Corte, quien obra con poder suficiente del reo Pasión Rodríguez García. En el respectivo libelo, sin ocuparse el actor de presentar un resumen de los hechos materia de la controversia, dice *ab initio* que "Aparentemente no se observa irregularidad procedimental alguna en lo que pudiera considerarse el trámite del juicio, pero es evidente que el cuestionario formulado al jurí ofrece defectos que hacen anulable el juicio público con arreglo a expreso mandato constitucional y demandable el fallo del *ad-quem* con base en la CAUSAL CUARTA del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

Causal cuarta.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

En seguida se plantea la acusación en los siguientes términos: "Si se tiene en cuenta que el interrogatorio propuesto a los jueces de conciencia da por demostrada una participación en los hechos, con actos de equivalencia ejecutiva por parte de PASION RODRIGUEZ GARCIA que agravan su situación y recortaron su posibilidad de defensa, cuando no ha debido omitirse, en dicho cuestionario, las circunstancias de concurso de voluntad sin concurso de acción que constituye la única verdad material acreditada en el proceso, debe aceptarse que esa omisión modificó desfavorablemente el propio pliego de cargos contra mi representado".

Más adelante se trata de reforzar el cargo con la siguiente afirmación: "En el caso sometido a casación se procedió con un exorbitante concepto de equivalencia en el grado de participación haciendo una evaluación arbitraria y de extensión analógica de la confesión de PASION RODRIGUEZ GARCIA quien admite haber insinuado la muerte de LUIS ALBERTO PARDO y haber sido un acompañante pasivo de los actores del resto, pero niega toda participación activa en los hechos mismos, siendo su situación, derivada de una confesión indivisible, la de un *coparticipe no necesario* dentro de lo que define y sanciona el artículo 20 de nuestro estatuto punitivo y no un coautor principal y necesario, con participación ejecutiva en todos los actos criminales como lo propone el cuestionario a jurados,...".

Luego reproduce textualmente el actor extensos apartes de la declaración indagatoria de su patrocinado, de la cual infiere "que esa 'confesión', aceptada como base de cargo en todo el proceso no habla de una autoría o coparticipación necesaria (artículo 19 del C. P.), sino de un auxilio contingente o secundario (art. 20 ibidem), completamente distinto al que se tuvo en cuenta, tanto para formular los cuestionarios como para proferir sentencia condenatoria".

La argumentación restante del libelo está enderezada a demostrar los asertos anteriores, todo para concluir en que la defectuosa redacción de los cuestionarios referentes a Pasión Rodríguez recortaron su derecho de defensa, quebrantándose así las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

En extensa y juiciosa vista el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal refuta exhaustivamente la acusación formulada contra el fallo recurrido. Concluye que la causal aducida carece de fundamento, y, por lo mismo, solicita a la Sala que *no case* la sentencia objeto del recurso.

CONSIDERA LA CORTE:

Ya habrá podido observarse que el cargo que la demanda plantea y desarrolla sólo constituye, en esencia, un pretexto para revivir ante la Corte, bajo el rubro de la causal cuarta de casación, un debate probatorio sobre hechos presuntivamente modificadores de la responsabilidad penal del procesado Rodríguez García. En otros términos: El impugnante trata de demostrar, al amparo de la causal citada, que el auto de proceder le atribuyó a los elementos de juicio que obran en el proceso —y de manera más acusada a la indagatoria de Pasión Rodríguez— un valor probatorio que no tienen, razón por la cual ubicó la conducta de dicho procesado dentro del

marco del artículo 1º del Código Penal, en vez de situarla dentro del ámbito del artículo 2º ibidem, lo que a su turno influyó en los cuestionarios y, desde luego, en el veredicto y la sentencia.

Parece olvidar el actor que un debate sobre la evaluación de la prueba sólo es procedente a través de la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P., hoy involucrada en el numeral 1º del artículo 56 del Decreto Extraordinario número 528 de 1964. Pero ello no puede siquiera intentarse en el presente caso, porque como lo ha sostenido esta Sala en la más constante de sus doctrinas, en los juicios en que interviene el Jurado carece de pertinencia la causal segunda de casación, no sólo porque éste es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción, sino porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de que el veredicto es contraevidente, hipótesis que no ha sido consagrada como motivo de casación.

Bastaría lo dicho para concluír que no prospera la causal cuarta estudiada. Sin embargo, no es supérfluo reproducir aquí estos conceptos del Ministerio Público sobre el tema cardinal de la demanda:

"Pero este ataque de la prueba no era posible hacerlo con fundamento en la causal alegada; y si a pesar de esto, así obró la defensa, ello se explica, aunque no se justifica ni tiene validez, por la circunstancia de que mal se hubiera hecho en recurrir a la causal segunda, por no ser este otro motivo de casación, válido de aducir en un proceso en que como en éste la responsabilidad penal de los acusados fue decidida por el Jurí.

"Razón tenía el señor apoderado demandante al no hacer un resumen de los hechos materia de la controversia, o de los hechos debatidos en el juicio, pues así habría puesto de bulto la improcedencia de sus pretensiones en casación a favor de su patrocinado. Al prescindir de tal relación recurrió al pretexto de denunciar una nulidad supralegal o constitucional que, en realidad y por lo que se ha visto, carece de fundamento alguno, ya que el cuestionario tiene un claro cimiento en lo establecido y señalado en el auto de proceder, conforme lo ordena el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943.

"De modo y suerte que la realidad del proceso y los términos del auto de proceder no podían dar ocasión para interrogar al Jurado en forma que la pregunta respectiva circunscribiera la cuestión relativa a la responsabilidad del acusado Pasión Rodríguez al supuesto de un concurso de voluntad sin concurso material, pues la verdad es que dicho acusado tomó parte activa y positiva en los crímenes que se le imputan.

"El cuestionario formulado al Jurado no hizo referencia a una responsabilidad penal distinta a la que efectivamente pudiera deducírsele al representado por el doctor Tolosa Suárez, porque lo probado hasta la evidencia es que a Pasión Rodríguez se le hizo en el auto de proceder el cargo de ejecutor de actos de necesaria e insuperable influencia en los delitos investigados. Por eso mismo, se le acusó de coautor.

"Y si bien se obró, en sentir de la Procuraduría, al preguntársele al Tribunal popular si Pasión Rodríguez había o no tomado parte en la ejecución de las muertes ocasionadas a Rita Emma Fontecha de Pardo, y Verónica Pardo Fontecha y Ana Rosa Pardo, y en el homicidio imperfecto de Luis Alberto Pardo, Y se procedió en igual forma correcta y legal al interrogarse al Jurí sobre si el mismo Pasión Rodríguez había o no prestado auxilio o cooperación para que otro, esto es, Pedro Pablo Gómez González, sometiera al acceso carnal a Verónica Pardo Fontecha.

"Igual cosa puede predicarse de la Sexta pregunta que compone el cuestionario".

Y tampoco huelga agregar, por vía de doctrina, que cuando se invoca la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., reproducida en esencia, bajo el mismo numeral, por el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, afirmando que al procesado se le cercenó o desconoció el derecho de defensa, el recurrente tiene la obligación insoslayable de precisar cuáles fueron las formas procesales pretermitidas, y por qué tal omisión infringió las garantías fundamentales previstas en el artículo 26 de la Carta.

DECISION:

Fundada en las razones que proceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el representante del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de San Gil.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

1.—Lo contradictorio de un veredicto resulta de la imposibilidad de conciliar dos proposiciones de las cuales la una afirma lo que la otra niega, en tratándose de hechos que no pueden ser a un mismo tiempo verdaderos y falsos, por cuanto la afirmación y negación como predicado en un mismo acto se anulan en virtud del principio de contradicción. "No es de ayer —ha dicho esta Corporación—, porque en múltiples ocurrencias, desde que el vigente Código de Procedimiento estableció como causal de casación lo inconciliable en los términos de las respuestas del jurado, que es a lo que se reduce el veredicto contradictorio, como se ha venido repitiendo que si lo contradictorio es lo que afirma y niega a un mismo tiempo, para que se opere este fenómeno se necesitan por lo menos dos proposiciones. Y no es difícil o abstrusa, porque en el entendimiento se representa sin tardanzas el desconcierto que producen un 'sí' y un 'no' emitidos a propósito de un solo asunto, por ser expresiones que no pueden coexistir respecto de un mismo hecho, cuando se incurre, por ejemplo, sobre su realización".

2.—La ley erige como motivo para que en materia penal proceda el recurso de casación, el de que "la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio" (art. 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964), modificando en cierta forma la evidencia en la contradicción antes exigida por el numeral 7º del artículo 567 del C. de P. P. Y es obvia la razón para que se haya erigido en causal de casación el veredicto contradictorio, en los juicios en que interviene el jurado, porque al tener que basarse la correspondiente sentencia en el fallo del Tribunal Popular (art. 25 del Decreto legislativo número 1358 de 1964), resulta entonces natural que si las proposiciones de que puede constar aquel veredicto son contradictorias, destruyéndose recíprocamente, la sentencia carezca de todo fundamento racional y legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zamhrano).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 1º del Tribunal Superior de Ocaña contra la sentencia de 7 de julio de 1965, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cúcuta confirmó en todas sus partes el fallo de 23 de febrero del mismo año proferido por el Juzgado Segundo Superior de la indicada ciudad, fallo que absolvió a MIGUEL CORONEL SUAREZ "por la imputación que se le hizo en este proceso como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Rafael Sanguino Torres, perpetrado en el punto denominado 'Romerillos' de la jurisdicción municipal de Convención, en las horas de la tarde del día primero de abril de mil novecientos sesenta y dos".

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

En la tarde del 1º de abril de 1962 llegó Rafael Sanguino Torres, acompañado de un hijo, a la tienda de Belarmino Salazar, situada en el punto denominado 'Romerillos' comprensión municipal de Convención, Norte de Santander, y, al recliuarse "sobre el mostrador, se quedó dormido. Luégo llegaron Miguel Coronel y Emiro Gómez, quienes, después de advertir la presencia de aquél y exclamar 'aquí está Rafa', penetraron a la tienda y lo moquearon con el fin de despertarlo. Como tal comportamiento desagradara a Sanguino, les hizo el correspondiente reclamo a Coronel y Gómez, y éstos armados de botellas, le retaron a pelea, pero, ante la intervención del dueño de la tienda, se fueron estos últimos a la casa de Juana Castro. Después se retiró de la tienda Sanguino y, al encontrarse en la calle con sus retadores, se trabó en lucha con Miguel Coronel, quien esgrimía una cuchilla y el otro un palo de cafeto. Durante el lance Sanguino recibió 17 heridas, varias de carácter mortal, que le causaron la muerte por anemia aguda y lesión cardíaca.

Cumplidas las diligencias del sumario, el Juzgado 2º Superior de Cúcuta calificó el mérito

de la investigación y llamó a responder en juicio, con intervención del Jurado, a Miguel Coronel Suárez por el delito de homicidio en la persona de Sanguino Torres.

Conforme a esa calificación, se les sometió a los jueces de conciencia el siguiente interrogatorio:

"¿El acusado Miguel Coronel Suárez es responsable, sí o no, como se analiza en el auto de proceder, de haber dado muerte a Rafael Sanguino Torres a consecuencia de las lesiones que le causó y que están descritas en la diligencia de autopsia, hecho cometido en el punto llamado 'Romerillos', de la jurisdicción municipal de Convención, en las horas de la tarde del día primero de abril de mil novecientos sesenta y dos, y en la ejecución de este delito procedió el acusado con la intención de matar?"

Unánimemente se emitió el siguiente veredicto: "Sí es responsable perturbado por el alcohol excediéndose en la defensa".

Dicho veredicto fue declarado contrario a la evidencia de los hechos por el Juez del conocimiento, en virtud de providencia calendada el 23 de abril de 1963, y, luégo, al ser apelada por el defensor del procesado, la confirmó el Tribunal de Cúcuta en proveído de 28 de agosto del referido año.

La segunda audiencia pública se celebró el 25 de febrero de 1965 y el veredicto dado por el Jurado al cuestionario en referencia, fue el siguiente:

"No es responsable pero se excedió en la defensa".

Interpelado el veredicto, en el sentido de que "el Jurí negó sustancialmente la responsabilidad del acusado en la primera parte al afirmar que aquél 'no es responsable' y que, por consiguiente, una vez que se hubo pronunciado en tal sentido sobraba el aditamento o apéndice que consignó en la segunda, 'pero se excedió en la defensa'", interpretado, se repite, así el veredicto, el señor Juez dictó sentencia absolutoria, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Cúcuta en fallo de 7 de julio de 1965.

LA DEMANDA

El Fiscal 1º del Tribunal Superior de Ocaña, pide la invalidación de la sentencia y al efecto invoca la causal 3ª enunciada en el artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964, o sea, "cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio".

El veredicto del Jurado —sostiene el recurrente— "está formado por dos proposiciones ligadas, para indicar contraposición y no ampliación, con la conjunción adversativa 'pero'; la una en que se dice: 'no es responsable', y la otra en que expresa: "se excedió en la defensa'. Mediante la primera se niega expresamente la responsabilidad del acusado en el homicidio simplemente voluntario en Rafael Sanguino Torres; en la segunda se afirma la responsabilidad del mismo, porque quien se excede en la defensa, de conformidad con el artículo 27 del C. P., es penalmente responsable. Se está en presencia, pues, de un fallo de conciencia en que las dos proposiciones de que consta, se destruyen mutuamente y, por lo mismo, no existe ningún veredicto en qué fundar la decisión".

Más adelante, después de transcribir algunas doctrinas de la Corte sobre las distinciones existentes entre el veredicto contraevidente y el contradictorio, razona así el recurrente: "Además, no es acertada-sino arbitraria la interpretación que el H. Tribunal Superior de Cúcuta da al veredicto, porque aun cuando se aceptara que la primera proposición: 'no es responsable', equivale a que el reo obró en legítima defensa, la adición: 'pero se excedió en la defensa', lejos de absolverlo lo condenaría, por la responsabilidad penal que ese mismo exceso conlleva. Por consiguiente, no puede despreciarse esta segunda proposición del veredicto, como acomodaticiamente ha pretendido hacerlo el H. Tribunal de Cúcuta para confirmar, con las mismas razones, el fallo de primera instancia".

TRASLADO A LA PROCURADURIA

Al descorrerlo, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal manifiesta, en relación con la facultad que le confiere el artículo 3º del Decreto Legislativo número 1154 de 1954, que "se abstiene de ampliar la demanda presentada por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ocaña".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como es olvio y lo ha expresado en innúmeras decisiones esta Sala de la Corte, lo contradictorio de un veredicto resulta de la imposibilidad de conciliar dos proposiciones de las cuales la una afirma lo que la otra niega, en tratándose de hechos que no pueden ser a un mismo tiempo verdaderos y falsos, por cuanto la afirmación y negación como predicados de un mismo acto se anulan en virtud del principio de contradic-

ción. "No es de ayer —a dicho esta Corporación—, porque en múltiples ocurrencias, desde que el vigente Código de Procedimiento estableció como causal de casación lo inconciliable en los términos de las respuestas del Jurado, que es a lo que se reduce el veredicto contradictorio, como se ha venido repitiendo que si lo contradictorio es lo que afirma y niega a un mismo tiempo, para que se opere este fenómeno se necesitan por lo menos dos proposiciones. Y no es difícil o abstruso, porque en el entendimiento se representa sin tardanzas el desconcierto que produce un 'sí' y un 'no' emitidos a propósito de un solo asunto, por ser expresiones que no pueden coexistir respecto de un mismo hecho, cuando se inquiere, por ejemplo, sobre su realización".

Por lo tanto, de acuerdo con estos principios, se impone analizar si el veredicto impugnado por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ocaña en su ya indicado escrito, ofrece la tacha de contradicción que le atribuye y sí, en consecuencia, debe prosperar o no la causal alegada como fundamento de la casación.

Al Jurado se le preguntó en forma muy clara sobre si el acusado Miguel Coronel Suárez era responsable de haber ocasionado la muerte de Sanguino con propósito de matar, o sea, acerca de un homicidio simplemente intencional contemplado en el artículo 362 del Código Penal. Los jueces de conciencia contestaron negativamente la cuestión propuesta —"no es responsable"— agregando, "pero se excedió en la defensa".

La respuesta del Jurí fue tan desconcertante que el Tribunal Superior de Cúcuta en la sentencia recurrida, al enfrentarse a tales dos proposiciones, no logró decidirse por alguna de esas determinaciones, pues discurre así: "En el caso de autos, parte primera, se negó la responsabilidad del agente, en cambio al adicionar tal negativa, se habló de exceso en la defensa, figura esta reprimida y sancionada en el estatuto de las penas. Se trata entonces de un veredicto contradictorio, pronunciado aquí por segunda vez y, por consiguiente, no siendo admisible la convocatoria de un tercer Jurado, debe acatarse...". No obstante estas consideraciones, concluye el Tribunal que la adición del exceso de defensa en el veredicto sobra, por lo cual debe confirmarse el fallo absolutorio de primera instancia.

Ahora bien: la ley erige como motivo para que en materia penal proceda el recurso de casación, el de que "la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio" (artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964), modificando en cierta forma la *evidencia* en la contradicción antes exigida por el numeral 7º del artículo 567 del C. de P. P. Y es obvia la razón para que se haya erigido en causal de casación el veredicto contradictorio, en los juicios en que interviene el jurado, porque al tener que basarse la correspondiente sentencia en el fallo del tribunal popular (artículo 15 del Decreto Legislativo número 1358 de 1964), resulta entonces natural que si las proposiciones de que puede constar aquel veredicto son contradictorias, destruyéndose mutuamente, la sentencia carezca de todo fundamento racional y legal.

En el caso de autos, si se tiene en cuenta el contenido substancial de las dos proposiciones, puede aceptarse, sin recurrir a dilatados razonamientos, que el veredicto de los jueces de conciencia es contradictorio, porque aquellas proposiciones se identifican en cuanto a la afirmación y negación del mismo hecho, por el mismo aspecto y al mismo tiempo, o mejor aún, hacen subsistir, acerca del mismo acto, la no responsabilidad y la responsabilidad atenuada. Y es claro que si se declara en el veredicto que el autor no es responsable, lo ilícito se borra en forma total, abarca todas sus manifestaciones y, por lo tanto, no era posible referirse después a una modalidad que no cabe dentro de esa negativa, sin contradicción.

La aceptación de esta causal, desde luégo, lleva la consecuencia de que el Juzgado Superior del conocimiento, al cual debe devolverse el proceso, por conducto del Tribunal, debe convocar a nuevo jurado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta el 7 de julio del pasado año, decisión expresada en la parte motiva de este fallo, revoca la de primera instancia y ordena que se rehaga el procedimiento a partir del auto que señaló fecha para el sorteo general del Jurado, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

LA PREMEDITACION, LA INDEFENSION Y LA SEVICIA COMO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO.—VEREDICTO Y DOSIFICACION DE LA PENA.

Acusación por presunta violación de las garantías que deben darse al procesado al no llenarse con el cuestionario arbitrariamente formulado por el Juez, la plenitud de las formas propias del juicio, y cercenarle las posibilidades de defensa; por impedir que los hechos punibles pudieran ser calificados como lo manda el artículo 480 del C. de P. Penal; y por considerar que la sentencia proferida estaba en desacuerdo con el auto de proceder.—Uno solo de los motivos de agravación previstos en los ordinales 2º, 5º o 7º, del artículo 363 del C. P., bastaría para tipificar el hecho como asesinato.—La inclusión en el cuestionario de circunstancias distintas de las determinadas en el auto de proceder, y la respuesta del Jurado, suscitarían un problema relacionado con la interpretación del veredicto y la dosificación en desarrollo del mismo de la pena principal imponible.—Causales previstas en los ordinales 4º y 3º del artículo 567 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Por sentencia de 27 de julio de 1964, el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Quibdó, condenó por el delito de homicidio a GREGORIO NACIANCENO CORRALES VASQUEZ, a la pena principal de quince años, once meses y seis días de presidio, a las accesorias que en ella se determinan y en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

El Tribunal Superior del mismo distrito al revisar por apelación esa sentencia, la confirmó mediante la suya de 20 de octubre siguiente, con la adición de condenar también al procesado a la pérdida de la patria potestad.

Contra este fallo Corrales Vásquez interpuso recurso de casación en escrito en que, a la par, daba poder especial para continuar representándolo, al doctor Ramón Gómez Pineda.

En un mismo auto se reconoció su personería y se concedió el recurso. Rituado éste, se procede a desatarlo.

ANTECEDENTES

El supradicho juzgado en providencia de 8 de febrero de 1963 llamó a responder en juicio al recurrente como presunto responsable de aquel ilícito.

Se le atribuyó el hecho de haber, en las primeras horas de la mañana del día domingo 5 de febrero de 1961, cuando Jesús María Jiménez Herrera se dirigía inerme y desprevenido a la población de El Carmen, municipio del mismo nombre en el Departamento del Chocó, por el camino real o de servidumbre que atraviesa la finca que dice pertenecerle, sita en el paraje "La Cortés", a cumplir con sus deberes religiosos, disparando su escopeta contra él por móvil de venganza (le achacaba el robo de unas tablas), causándole varias heridas, entre ellas una de carácter mortal, pues le lesionó el corazón, e infiriéndole otras, contusas y cortantes, con saña cruel.

En esa providencia se relacionan las pruebas demostrativas del cuerpo del delito, lo mismo que las que señalan la responsabilidad de Corrales Vásquez como autor del drama criminoso.

En la parte motiva de la misma, pues en la resolutiva se llama a juicio por la denominación genérica del delito, se determinan así las circunstancias modificadoras de éste:

"Dos modalidades agravantes hay que considerar en el caso que se estudia: *premeditación* que se colige de las amenazas contra JIMENEZ que algunos testigos atribuyen a CORRALES; *sevicia* que se presenta por el hecho de los traumatismos (planazos) y la herida de arma cortante "sin salida de sangre". Respecto de la PREMEDITACION, cabe observar que las amenazas de CORRALES deben ser entendidas a condición de que se repitiesen los desacatos a su propiedad de que creía autor a JIMENEZ. La declaración de SANTIAGO VALDERRAMA ORTIZ, corroborada por la de PEDRO CLAVIJO y BENJAMIN SEPULVEDA, sólo constan esas amenazas en sentido condicional: el de que CORRALES manifestara que mataría a JIMENEZ, "SI LAS AUTORIDADES NO PONIAN REMEDIO", lo que equivale a decir que CORRALES entendía que el único remedio contra los desmanes que atribuía a JIMENEZ consistía en que las autoridades evitaran que se repitieran las incursiones en su finca, incursiones de que el sindicado acusaba a quien fuera después su víctima. En cuanto a la SEVICIA, no obstante que el único testigo nada dice respecto de quien causara los traumatismos (por planazos) y la herida (por arma cortante) al occiso, todo contribuye a señalar como autor de ella al mismo sindicado, NACIANCENO CORRALES VASQUEZ, por ser éste la única persona que tenía rivalidades con JIMENEZ; quien lo atacó con arma de fuego; quien había proferido amenazas en su contra y en cuyo fundo fue hallado el cadáver de JIMENEZ. En síntesis el juzgado desecha la PREMEDITACION, pero admite la SEVICIA".

De modo que según esto, en dicho auto se excluyó la premeditación y sólo se le imputó al acusado la sevicia.

El Tribunal, al revisar por apelación esa providencia, mediante la suya de 14 de mayo de 1963, la confirmó "en su integridad" como se expresa en su parte resolutiva. En la considerativa, empero, modificó en relación con las preadvertidas circunstancias, el pliego de cargos. Al respecto dijo lo siguiente:

"Ahora bien: a la calificación del homicidio hecha por el a-quo, con base en los numerales 2º y 7º del artículo 363 del C. Penal, la Sala agrega otra causal de ese mismo dispositivo, la del numeral 5º, por las condiciones de inferioridad e indefensión de la víctima, frente a la ventajosa posición del delincuente, sin riesgo alguno para él, ante la total falta de arma del occiso".

Sin embargo, lo cierto es que el a quo desechó en forma paladina la prevista en el preanunciado numeral 2º. Ostensiblemente se equivocó el ad-quem al atribuirle al juez del conocimiento una apreciación que difiere diametralmente de la que éste realmente hizo.

No obstante, adelantada la causa, sin que en su término probatorio se produjeran pruebas distintas de las que se sopesaron en las providencias enjuiciatorias, al proponerle al jurado la cuestión que debía absolver y alrededor de la cual giró el debate forense, se incluyó con la indefensión y la sevicia, la premeditación. Esa cuestión se redactó así:

"El acusado GREGORIO NACIANCENO CORRALES VASQUEZ, es responsable, sí o no, de haber herido con armas de fuego (escopeta), contundente y cortante, con intención y propósito de matar, con premeditación, en estado de indefensión y con sevicia, a JESUS MARIA JIMENEZ HERRERA, quien falleció instantáneamente, durante los hechos desarrollados en las horas de la mañana del día 5 de febrero de 1961, en la vereda "LA CORTES", comprensión del municipio de El Carmen (Ch.), en este departamento?

En la audiencia, el señor Agente del Ministerio Público solicitó, previo análisis de las pruebas y del hecho jurídicamente considerado, que el jurado contestara esa cuestión afirmativamente. Por su parte, el defensor del acusado sostuvo que a su patrocinado no le cabía ninguna responsabilidad, por cuanto no era suficiente la prueba que lo señalara inequívocamente como autor del hecho y pidió que fuera absuelta negativamente.

Oídas las argumentaciones de las partes, el jurado contestó: "Es responsable".

Como ni el a-quo ni el Tribunal estimaran claramente contrario a la evidencia de los hechos ese veredicto, sobre él, como plena prueba de los mismos, fundaron los fallos condenatorios respectivos.

"En el caso sub-judice —dice el ad-quem—, fue cabalmente desarrollado por el señor juez conociente, el veredicto, al dictar la sentencia condenatoria conocida, el cual para graduar la pena tuvo en cuenta los artículos 363 numerales 2º, 5º y 7º, 38 numeral 1º y 39 del C. Penal, relacionándolos entre sí.

"En lo atinente a la dosimetría de la pena, la Sala comparte la que le fue impuesta por el a-

quo, la cual encuentra bien graduada, correctamente individualizada, en razón de que militan, en proporción de tres a uno (no tener en su contra pasado judicial), circunstancias agravantes y atenuantes en contra del reo. Además, como la sanción fijada por la norma penal es tan amplia, pues oscila entre quince y veinticuatro años de presidio, apenas es justo que sean quince, con once meses y seis días la sanción aplicable a Corrales Vásquez. Esta determinación se toma teniendo en cuenta estrictamente los elementos que para señalar o dosificar una pena, enseña el artículo 36 del código en cita".

DEMANDA Y RESPUESTA

En el libelo, se aducen contra la sentencia recurrida, las causales previstas en los ordinales 4º y 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ésta como consecuencial de los cargos que se formulan a través de aquélla.

Tales cargos los concreta el actor así:

a) Dicho fallo fue dictado en juicio viciado de nulidad "por cuanto en el cuestionario que se le formuló al jurado se consignó por el señor juez del conocimiento circunstancias distintas de las determinadas en el auto de proceder, o de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad que se hubieren demostrado en el curso del juicio, con lo cual se violó el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, indicativa de la manera clara como debe redactarse el interrogatorio que han de absolver los jurados, lo que impide que éstas puedan calificar los hechos punibles, que son materia del debate, como lo manda el artículo 480 del C. de P. Penal.

"En tales condiciones, se violó por el procedimiento aludido, el artículo 26 de la Constitución Nacional, que intela las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento, por cuanto al no llenarse, con el cuestionario arbitrariamente formulado por el juez, la plenitud de las formas propias del juicio, se redujo al procesado las posibilidades de defensa".

Procede luégo a demostrar este cargo con lo que ya quedó expresado, o sea, por haberse incluído en el cuestionario como materia sobre la cual debía pronunciarse el jurado, la premeditación que fue desechada en el auto de proceder.

b) Por el mismo concepto se impugna esa sentencia "por cuanto el cuestionario que el señor juez sometió a la consideración del jurado no precisó con toda claridad las circunstancias que constituían los hechos que eran materia de la causa, violando así lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, lo que les impedía que ellos pudieran calificar esos hechos punibles que se le atribuían a Corrales, como lo manda el artículo 480 del C. de P. Penal. Lógicamente, se le estaba haciendo más gravosas las condiciones de la defensa al procesado, no se estaban llenando a plenitud las formas propias del juicio por jurado, violándose así, igualmente, el artículo 26 de la Constitución Nacional en perjuicio de mi mandante".

Como demostración de este cargo, se expresa que en el cuestionario no se dijo en qué consistía la indefensión de la víctima, conforme lo había anunciado con toda claridad el Tribunal y que no basta decirle al jurado que el procesado va a ser juzgado por la agravante de la premeditación "sino que esa premeditación estaba acompañada de motivos innobles o bajos".

La causal tercera la invoca "por cuanto la sentencia proferida en el proceso está en desacuerdo con el auto de proceder", ya que habiendo sido desechada en éste la premeditación, no podía tenerse ésta en cuenta en aquélla.

El Ministerio Público considera que es viable la causal cuarta alegada como principal. No así la tercera que estima incompatible con aquel motivo de impugnación.

Se considera:

1. Es cierto que en el auto de proceder se desecha la premeditación como circunstancia modificadora del delito de homicidio que se imputa al recurrente. Lo es igualmente que el Tribunal al revisar ese proveído hizo una errada referencia al aludir a este punto, estimando lo contrario. Su declaración al respecto es por consiguiente totalmente irrelevante. De la misma manera lo es su inclusión en el cuestionario.

2. Este hecho pudiera tener la trascendencia jurídica que le asigna el demandante, si la vocación a juicio de su patrocinado no se hubiera hecho por aquel ilícito en su denominación genérica y si la calificación específica del mismo derivara de esa exclusiva circunstancia. Pero no es éste el caso. Las dos restantes, o una sola cualquiera de éstas, bastaría para tipificar el hecho como un asesinato.

3. No puede entonces sostenerse que por haberse incluído en el cuestionario ese motivo de agravación del reato, se hubieran consignado en él circunstancias distintas de las determinadas en el auto de proceder y que tal hecho hubiera impedido al jurado la calificación del delito con

violación del artículo 26 de la Carta, esto es, con desmedro del derecho de defensa. Dicha inclusión y la respuesta del jurado, lo que suscita es un problema diferente relacionado con la interpretación del veredicto y la dosificación en desarrollo del mismo de la pena principal imponible.

4. Por otra parte, siendo irrelevante tal motivo en orden a la calificación de los hechos, el cuestionario es suficientemente claro en lo concerniente al planteamiento de la modalidad del estado de indefensión de la víctima en el momento de ser agredida. La simple expresión que glosa el demandante indica en forma inequívoca lo que con ella se quiere significar.

Además, consta en el acta de la audiencia, que tras de proponer el cuestionario "se dio lectura al auto de proceder de la primera instancia, lo mismo que a la providencia confirmatoria" del Tribunal y que el Ministerio Público ilustró en tal acto al jurado sobre todos los aspectos del hecho criminoso.

"En cuanto a la indefensión —dijo—, está demostrado en el proceso que Jiménez no portaba ninguna arma y que estaba indefenso en el momento en que Corrales lo mató. Recuerden que en la diligencia del levantamiento del cadáver se encontró un cigarro a medio encender debajo del cuerpo de Jesús María Jiménez; que asimismo se encontró en la fosforera un balín y que también se encontró una lesión en el dedo corazón, ello nos demuestra plenamente que el disparo de Corrales fue hecho en el momento en que Jesús María encendía su cigarro, es decir, estaba desprevenido, en conclusión: estaba en perfecto estado de indefensión...".

5. No se puede tampoco en tales circunstancias, afirmar que el jurado no estuviera en capacidad a través de esas simples palabras ("estado de indefensión") de calificar los hechos punibles y que lógicamente por no haberse complementado como el demandante dice, se hubieran hecho más gravosas las condiciones de la defensa con violación de los textos legales y del mandato constitucional que cita.

Inane, por consiguiente, resulta el motivo de impugnación alegado como principal.

6. En cuanto a la causal tercera, es cierto que los juzgadores de instancia, por las razones que ya se expusieron, no debieron tomar en cuenta la premeditación para individualizar la sanción privativa de la libertad que le impusieron al procesado.

Sin embargo, como la Sala estima que aún excluyendo tal circunstancia, la pena impuesta, dado el criterio de benignidad con que fue dosificada no podría disminuírse, se abstiene, porque carecería de consecuencias jurídicas, de declarar procedente la causal en referencia.

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 Ministerio Público, NO CASA la sentencia recurrida y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

DOBLE HOMICIDIO PERPETRADO EN LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN LOS NUMERALES 2º Y 5º DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO PENAL

Nulidades en el sumario.—Términos procesales.—Irrelevancia del cargo con fundamento en el ord. 4º del artículo 567 del C. de P. P.—Presunta violación del derecho de defensa.—Improcedencia del debate probatorio ante la Corte en juicios con intervención del Jurado.—Causal 2ª contemplada en el inciso 2º del ord. 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

1.—En el sumario los casos de nulidad son reducidos y se refieren a la incompetencia de jurisdicción, o a la ilegitimidad de la personería del querellante, cuando no puede procederse de oficio.

Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda la actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos o diligencias no pueden tenerse en cuenta.

Es cierto que el art. 178 del Código de Procedimiento Penal consagra que todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el Juez. Sin embargo, se trata de una disposición de carácter simplemente preceptual u ordenativa. El incumplimiento de tales términos no está sancionado por la ley con la nulidad del acto extemporáneo sino con medidas de otro orden, compulsorias o disciplinarias (arts. 136 y 140 del Código Judicial en relación con el 7º del Código de Procedimiento Penal). Lo preceptuado en el art. 202 de este último Código requiere precisamente lo que aquí falta: la exigencia por parte de la ley de la sanción de nulidad.

Por otra parte, ya se dijo y lo prescribe este mismo texto, que una nulidad de tal naturaleza solo afecta el acto en que incide.

2.—La plena prueba de la responsabilidad y de los hechos en los juicios en que interviene el Jurado, es el veredicto cuando no pugna con la evidencia de los mismos.

Tratándose de estos juicios, no se puede plantear ante la Corte un debate probatorio. Este no es procedente sino cuando se invoca la causal segunda, contemplada actualmente en el inciso 2º del ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964, y esto por las dos razones que la jurisprudencia señala así: "la primera, porque el Jurado es absolutamente libre para apreciar la prueba del proceso, según su íntima convicción; y segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación... Es éste por tanto un problema de estudio exclusivo de las instancias".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá julio quince de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Cumplidas las ritualidades previas, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de diciembre de 1964 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira que confirmó la de 12 de septiembre anterior, proferida por el Juzgado 3º Superior del mismo distrito, condenando a JESUS OROZCO GALVIS o CARLOS ANTONIO ORTIZ y a ALFREDO ANTONIO RUIZ LOPEZ, a sendas penas principales de dieciocho años de presidio y a las anexas del caso, como responsables de los delitos de homicidio agotados en las personas de Zoila Rosa Castaño de Morales y de Raúl Morales Castaño.

ANTECEDENTES

Los hechos originarios de la investigación los reseña así el a-quo en el auto de proceder:

"A las seis de la mañana de la fecha indicada —16 de julio de 1959— salieron de su casa

situada en la vereda "La Alta Campana", doña Rosa Zoila Castaño y el menor Raúl Morales —madre e hijo—, con el fin de asistir en Apía al rito sagrado de la santa misa en el día de la Virgen del Carmen. A poco tiempo de emprender el camino, criminales al acecho haciendo uso de sus revólveres dispararonles dándoles muerte inmediata.

"Desde un principio fue imputada la comisión del ilícito a Jesús Orozco Galvis o Carlos Antonio Ortiz (a. Chucilas) y a Alfredo Antonio Ruiz López (a. Bejuco), los que capturados mucho tiempo después, fueron llamados a rendir indagatoria. . .".

En ese auto se relacionan las pruebas demostrativas del cuerpo de los prementionados delitos, lo mismo que las relacionadas con la responsabilidad de dichos procesados a quienes se les atribuye su comisión "como autores del doble homicidio, en las circunstancias previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal".

Apelado ese auto por los acusados y por uno de sus defensores, el Tribunal lo confirmó mediante el suyo de 6 de febrero de 1964.

Adelantada la causa sin que en su término probatorio se produjeran elementos de juicio distintos a los que fueron justipreciados en las providencias enjuiciatorias, se celebró la audiencia pública en la que, de acuerdo con aquellos pliegos de cargos, se le propusieron al jurado en relación con cada uno de los inculpados y respecto de cada uno de los delitos cometidos, las cuestiones que debían absolver y alrededor de las cuales giró el debate forense en el que intervino el Ministerio Público y los procesados estuvieron asistidos por sus respectivos defensores, pidiendo el primero que fueran contestadas afirmativamente y los segundos que lo fueran en sentido contrario.

Oídas las alegaciones de las partes, el jurado dio como respuesta a cada una de ellas, ésta: "Sí es responsable".

Como el juez del conocimiento no encontrara claramente contrario a la evidencia de los hechos ese veredicto, en desarrollo del mismo, profirió la sentencia de que ya se hizo mérito.

Contra este fallo interpusieron recurso de apelación tanto los procesados como sus defensores. El Tribunal lo desató mediante el suyo citado al principio.

DEMANDA Y RESPUESTA

En el libelo se aducen contra la sentencia recurrida, las causales previstas en los ordinales 4º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ésta como consecuencial de los cargos que a través de aquélla se formulan y que el Ministerio Público considera infundadas.

Causal cuarta.

Los motivos de impugnación que invoca el actor con fundamento en ella, son los siguientes:

Primer cargo.—"La sentencia recurrida descansa sobre pruebas practicadas fuera del término señalado por el señor juez del conocimiento para practicarlas, factor que incide en una nulidad por inobservancia de las formalidades esenciales del procedimiento penal, motivo por el cual se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional que habla de las formalidades propias de cada juicio".

Para demostrar este cargo, cita la providencia de 15 de octubre de 1962, folio 134, proferida en la etapa sumarial, y por la cual se comisionó con quince días de término al señor Inspector Departamental de Policía de La Jordania para la práctica de las pruebas que en ella se determinan.

Expresa que tal funcionario recibió el negocio el 16 de dicho mes, folio 135, y lo devolvió el 26 de noviembre siguiente, "lo que quiere decir que todas las diligencias practicadas por el señor Inspector de Policía una vez vencido el término de la comisión son nulas en razón de haber sido practicadas fuera del término legal" y que esa nulidad surge "del contenido mismo del artículo 422 del Código de Procedimiento Penal que señala un término máximo de veinte días para practicar las diligencias criminales ordenadas por el comitente cuando haya procesado detenido", por ser éste el evento de autos.

Además, al igual de éste y por el mismo concepto, señala como infringidos los artículos 178 y 202 ibidem y consecuencialmente el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Enumera finalmente las declaraciones que se recibieron fuera del término de la comisión y que, según él, están afectadas de invalidez jurídica.

Se responde:

Repetidamente la Corte ha expresado que en el sumario los casos de nulidad son reducidos y

se refieren a la incompetencia de jurisdicción, o a la ilegitimidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio.

Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario, cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda la actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos o diligencias no pueden tenerse en cuenta.

En el evento de autos no se está en presencia de aquellos casos, pues los delitos sobre que versa el proceso son de persecución oficiosa y, por otra parte, el funcionario comisionado obra como si fuere el comitente, vale decir, con la jurisdicción que éste le delega.

Es cierto que el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal consagra que todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el Juez. Sin embargo, se trata de una disposición de carácter simplemente preceptual u ordenativa. El incumplimiento de tales términos no está sancionado por la ley con la nulidad del acto extemporáneo sino con medidas de otro orden, compulsorias o disciplinarias (artículos 136 y 140 del Código Judicial en relación con el 7º del Código de Procedimiento Penal). Lo preceptuado en el artículo 202 de este último código requiere precisamente lo que aquí falta: la exigencia por parte de la ley de la sanción de nulidad.

Por otra parte, ya se dijo y lo prescribe este mismo texto, que una nulidad de tal naturaleza sólo afecta el acto en que incide.

Resulta, por tanto, improcedente invocarla con fundamento en el ordinal 4º del artículo 567 que se refiere al "juicio viciado de nulidad", esto es, a una etapa procesal diferente de aquella a que alude el demandante y que se contrae al sumario propiamente tal. Menos aún, por su falta de entidad y significación jurídica, como motivo de nulidad constitucional.

Segundo cargo.—"A los procesados Jesús Orozco Galvis y Antonio Ruiz López —dice el actor al enunciarlo— se les juzgó y condenó sin que hubieran podido ejercitar el derecho de defensa que prescribe el artículo 26 de la Constitución Nacional".

En orden a su demostración manifiesta que los acusados fueron asistidos en diligencia indagatoria "por el abogado doctor Olmedo Giraldo García, quien nada solicitó en favor de sus representados"; que igual cosa ocurrió por parte del Procurador judicial de los mismos en las diligencias subsiguientes; que éste dejó de asistir a una diligencia de inspección ocular; que no se le notificó el auto de cierre de la investigación; y aunque los defensores de los acusados interpusieron recurso de apelación contra el auto de proceder, no lo sustentaron ante el Tribunal; que abierto el juicio a pruebas no solicitaron ninguna a favor de sus mandantes; que "no ejercitaron el ministerio de la defensa en forma usual, posiblemente por tratarse de unos defensores de oficio" y que así "llegaron al acto procesal de la audiencia pública, sin que los animara el menor entusiasmo para cumplir con el deber profesional", señalando como disposiciones violadas por este concepto, los artículos 107 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y el artículo 26 de la Carta.

Se contesta:

Sobre este cargo cabe observar lo que el señor Procurador expresa así:

"Por lo que se ve, las críticas que en la demanda se hacen con respecto a la forma como fueron los procesados asistidos por sus apoderados o defensores, tienen que ver, unas con la tramitación del sumario y otras se relacionan con el adelantamiento del juicio.

"De las primeras críticas vale decir, para desestimarlas, que conforme a la jurisprudencia de la Corte, la defensa que corresponde hacer de un procesado tiene su más cabal expresión durante la causa, por lo que no procede hablar de nulidades de carácter constitucional o de violaciones del artículo 26 de la Carta como cometidas durante la primera etapa del proceso penal.

"Y de las observaciones hechas con respecto a la manera como los defensores de oficio de los enjuiciados Orozco y Ruiz entendieron su misión, es el caso de responder que en definitiva carecen de verdadera entidad, pues lo cierto es que no es dable siempre considerar que un abogado cumple con su tarea de defensor porque sistemáticamente pida pruebas o recurra contra una y otra providencia. En el proceso de que se trata, los defensores de los encausados no consideraron preciso pedir pruebas durante el término probatorio del plenario y se limitaron a apelar del enjuiciamiento y de la sentencia condenatoria dictada por el *a-quo*.

"Esta forma de proceder ciertamente no da lugar a dar por configurada una violación del derecho de defensa, con más veras si se tiene en cuenta que la principal labor de la defensa, en

asuntos en los cuales interviene el jurado de conciencia, se realiza precisamente durante la celebración de la audiencia pública, y ya se sabe, a este respecto, que los defensores de Orozco y Ruiz intervinieron en el juicio público y pretendieron, en la medida de lo posible, a aliviar la carga incriminatoria que pesaba sobre sus representados.

"Decir como el actor que esos defensores llegaron a la audiencia sin el menor entusiasmo para cumplir con su deber, es nada más que una simple necesidad, una afirmación enteramente gratuita".

Así es, en realidad, y ya la Sala tiene sobre el particular fijado su concepto que reitera aquí por su perfecta adecuación al caso:

"No sobra advertir... que la Corte ha venido notando, no sin sorpresa, que ante la falta de verdaderas nulidades procesales (198 del C. de P. P.), se recurre a la ya famosa nulidad constitucional pretendiendo que, reales o presuntas informalidades de menor gravedad que las erigidas por la ley como tales nulidades lo son nada menos que de orden constitucional.

"La jurisprudencia, basándose en el texto del artículo 26 de la Carta Fundamental, en cuanto este precepto garantiza que nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias del juicio creó esa nulidad, por lo mismo llamada constitucional, pero no para que se entendiese que cualquiera informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los preceptos citados, fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del indiciado cuando se omite un requisito procesal esencial cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y el proceso penal que no esté definido como causa de nulidad legal. Como por ejemplo, cuando la defensa se ha limitado a la posesión del apoderado, o cuando no se ha oído en indagatoria al sindicado presente en el sumario o en el juicio, o cuando falta la prueba del cuerpo del delito.

"Extremar esta tesis, nacida de la interpretación correcta de la Constitución, sería nada menos que convertir a ésta, que debe tutelar el interés del Estado de castigar la delincuencia, en protectora irrazonada de la impunidad. El excesivo celo en favor de pretendidos derechos individuales, conlleva la traición de los intereses de la comunidad".

Manifiestamente inane resulta, pues, este motivo de impugnación de la sentencia.

Tercer cargo.—Se enuncia diciendo que ese fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad "por haber pretermitido el H. Tribunal Superior los presupuestos señalados en el artículo 203 del C. de P. P. esto es que en el proceso no existe prueba legalmente producida para proferir un fallo condenatorio", y en seguida se trata de demostrar este cargo mediante la crítica del testimonio del menor Augusto Morales.

Se responde:

Esta tacha es totalmente impertinente. La plena prueba de la responsabilidad y de los hechos en los juicios en que interviene el jurado, es el veredicto de éste cuando no pugna con la evidencia de los mismos.

Tratándose de estos juicios, no se puede plantear ante la Corte un debate probatorio. Este no es procedente sino cuando se invoca la causal segunda, contemplada actualmente en el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y esto por las dos razones que la jurisprudencia señala así: "la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar la prueba del proceso, según su íntima convicción; y segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación... Es éste por tanto un problema de estudio exclusivo de las instancias".

Tampoco, puede, por consiguiente, prosperar este cargo.

Causal primera.

Se invocó como subsidiaria de la anterior. En consecuencia, siendo inane ésta, lo es también la subordinada.

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 Ministerio Público, NO CASA la sentencia recurrida y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Ossio Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

BIBLIOTECA

INVESTIGACION PENAL PROVENIENTE DE CARGOS FORMULADOS A EX-JEFE DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES

Cuándo el funcionario o empleado público se constituye en prevaricador por el hecho de retardar actos propios de sus funciones.—La Corte sobresee definitivamente en favor del funcionario acusado por los distintos cargos ameritados en el respectivo denuncio, que no configuraron la comisión de ilícitos.

El hecho de retardar un acto propio de sus funciones constituye al funcionario o empleado público en prevaricador cuando ese retardo se realiza por simpatía o animadversión hacia alguien. Pero ni siquiera los denunciantes pretenden sugerir que la morosidad o "negligencia impresionante" del Jefe del Departamento de Servicios Generales haya tenido esa motivación. Su denuncio —que en este caso asume características muy fuertes de crítica administrativa—, de aceptarse en todo su contenido, cabe como función de análisis parlamentario para demostrar al Gobierno la ineficacia de uno de sus altos colaboradores, pero no conlleva, siquiera, la afirmación tácita de la comisión de un ilícito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diecinueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

Los doctores Darío Alvarez Londoño y Carlos Augusto Noriega, en su condición de miembros de la Cámara de Representantes, dirigieron a la Corte, con fecha dos (2) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), el memorial que cursa de fs. 1 al 99 del cuaderno 1º, en cuyo texto denuncian una serie de actos "cometidos en el Departamento Administrativo de Servicio Generales" cuando el Jefe de dicho Departamento era el señor Armando Zabaraín.

Con base en el indicado memorial y después de que los citados parlamentarios, el mismo día de su denuncio, se ratificaron, bajo la gravedad del juramento, "en todas sus partes" (fs. 100 y 101, id), la Corte, por auto del diez (10) de diciembre del mismo año, dispuso abrir investigación penal por los distintos cargos en él contenidos y "en lo que se refiere a la conducta del señor Armando Zabaraín" (fs. 105, id).

La consecuencial instrucción sumaria fue inicialmente adelantada por el doctor Roberto Ramírez Castelbondo, Juez 17 de Instrucción Criminal, comisionado al efecto por el Ministerio de Justicia (fs. 103, 109 y 110, id).

Este funcionario llevó a cabo numerosas diligencias, asesorado en un comienzo por el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación (fs. 178, id) y más adelante (fs. 222, id) por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, doctor Rafael Campo Restrepo, quienes, como especiales agentes del Ministerio Público, intervinieron, cada uno en su tiempo, nombrados para tales fines por el señor Procurador General de la Nación a petición del Ministerio de Justicia, en el adelantamiento del sumario.

La etapa correspondiente a sus primeros trabajos llega hasta el día veintiséis (26) de abril del año próximo pasado en que recibió orden el investigador de devolver a la Corte el expediente (f. 89, cuaderno 5º).

El veintinueve (29) del mismo mes, el entonces Magistrado sustanciador declaró cerrada la investigación y ordenó el traslado legal para que las partes formularan sus alegatos (fs. 97, id).

El apoderado del señor Zabaraín pidió, para su cliente, el amparo del sobreseimiento definitivo para todos los cargos (fs. 111 a 126, id), el siete (7) de mayo, pero el señor Procurador

Primero Delegado en lo Penal, el veintidós (22) del mismo mes (fs. 98 a 110, id), impetró la reposición de aquel auto por considerar que la investigación estaba incompleta. Al recurso se accedió y fue así cómo, por auto del primero (1º) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), visible a fs. 127 id, se dispuso que por un Juez de Instrucción se practicaran las múltiples e interesantes pruebas pedidas por el colaborador fiscal.

Nuevamente designado para tal misión el doctor Ramírez Castelbondo (fs. 130, id), trabajó en el informativo hasta el veintinueve (29) de julio, día del vencimiento del término de la comisión que le fue conferida (fs. 1, cuaderno 6º).

El suscrito Magistrado Ponente, que desconocía el negocio, después de un estudio detenido de la información sumaria, la halló todavía deficiente y ordenó practicar numerosas probanzas, unas ya solicitadas por el Procurador Primero Delegado en lo Penal y otras que estimó conveniente allegar a los autos. Y así lo dispuso por providencia de diez y siete (17) de agosto, en la cual comisionó para llevar a cabo la ampliación decretada a la doctora Betty Flórez, Juez Segundo Penal Municipal de esta ciudad.

Cumplidas en la medida de lo posible las comisiones conferidas, se declaró cerrada la investigación el veintiocho (28) de febrero de este año no sin antes realizar otra cuidadosa revisión del proceso, y se ordenó el traslado legal que terminó, debido al volumen del expediente (art. 374 del C. J. y 7º del C. de P. P.), el veintidós (22) de junio.

Es, pues, pertinente proceder a la calificación del mérito del sumario, y a ello procede la Corte siguiendo el orden de la formulación de los cargos.

Antes observa que con los documentos que en copia aparecen allegados a fs. 175 y 176 del cuaderno 1º y 343 del 2º, queda demostrado que es la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala de Casación Penal, competente para conocer y decidir sobre los hechos a que se contrae esta indagación, hechos que, en su mayoría, y a título de constitutivos de "delitos de responsabilidad", se le atribuyen al señor Armando Zabaraín como cometidos por él cuando era Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales (art. 151 de la Constitución Nacional, ord. 2º).

CARGO PRIMERO

Se lee lo siguiente:

"Dentro de la abundante nómina de personal del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES existe una Oficina Jurídica, al frente de la cual hay un Abogado, a la que de acuerdo con el artículo 56 del Decreto 1718 de 1960 le corresponde estudiar el aspecto legal de los contratos que deba celebrar el Departamento.

"No obstante la existencia de esa Oficina Jurídica, el 15 de enero de 1963 el Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín, decidió celebrar un contrato con el doctor Rodrigo Peña Baena, quien como abogado se comprometió a prestar sus servicios en el estudio de la titulación y censo de propietarios de la zona de terrenos en donde se deben ejecutar las construcciones del "Centro Cívico Administrativo del D. E. de Bogotá", debiendo rendir informes mensuales de su labor; la cuantía o valor del contrato fue de $ 12.000.00, la forma de pago por mensualidades vencidas y el término de duración de cuatro meses.

"Documentos que reposan en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES establecen que el doctor Rodrigo Peña Baena no cumplió el contrato antes referenciado pero sí cobró por razón de él la suma de $ 9.000.00. (fls. 1º y 2º del cuad. 1º).

"....."

"La anterior grave irregularidad del Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín, consistente en contratar los servicios especiales de un abogado para llevar a cabo funciones cuyo despacho corresponde legalmente a la Oficina Jurídica del citado Departamento, es evidente. A esa irregularidad se añade la de no procurar el efectivo cumplimiento de ese contrato y la negligencia de no defender los intereses de la Nación, imponiendo al contratista que no cumplió los compromisos a que estaba obligado las sanciones contractualmente estipuladas. Hay también otra evidente negligencia en el hecho de no proceder, 20 meses después de celebrado el contrato, a formalizar su correspondiente liquidación, de acuerdo con las disposiciones legales.

"Pese a lo anterior, el 2 de mayo de 1963 el señor Armando Zabaraín, como Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, suscribe un nuevo contrato

con el doctor Maximio A. Visbal R., exactamente en los mismos términos y para los mismos fines del anteriormente celebrado con el doctor Rodrigo Peña Baena. (fl. 3 del cuad. 1º).

"A la celebración de este contrato precedió un trámite que puso al descubierto su franca inconveniencia. La Dirección Nacional del Presupuesto, como se desprende de un "Memorandum interno" pasado por el Jefe de la Sección de Presupuesto del Departamento ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES al Jefe de este mismo Departamento, señor Armando Zabaraín, se opuso a la celebración del citado contrato, con base en las siguientes razones:

"'Sin tramitar devuelvo a usted el mencionado negocio por considerar que la erogación respectiva no se justifica desde que existe una Oficina Jurídica competente, en este Departamento y además no permitir esta clase de gastos en los actuales momentos de déficit fiscal'. (Fdo.) Alvaro Londoño, Subdirector".

"Mas el Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES debía tener especial interés en celebrar este contrato cuando, por encima de las claríisimas e inobjetables razones que lo hacían francamente innecesario e inconveniente, lo llevó a cabo.

"El Auditor Fiscal del Departamento demoró la autorización de pago de este contrato, exigiendo se clarificara lo relativo a su cumplimiento, pero el Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín, se apresuró a certificar que el doctor Maximio Visbal R. había dado estricto cumplimiento a todas las obligaciones por él contraídas con el Departamento. Y lo cierto es que el contratista cobró el valor total del contrato o sea la suma de $ 12.000.00.

"Los suscritos no nos preocupamos por verificar si el doctor Maximio Visbal R. dio estricto y total cumplimiento a las obligaciones que adquirió contractualmente...".

Se considera:

Para saber o no si constituye "una grave irregularidad" haber celebrado el señor Zabaraín, como Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales, con los doctores Rodrigo Peña Baena y Maximio A. Visbal, los contratos de que da cuenta el expediente (ver folios 206 y 208 cuaderno 1º), es preciso analizar si dicho Jefe del Departamento tenía o no razones de conveniencia para contratar abogados particulares para la ejecución de estudios jurídicos de interés oficial y si carecía o no de facultad legal para ello.

Conviene iniciar la elucidación de este punto recordando que Zabaraín pretende justificar la celebración de los aludidos convenios aduciendo tres motivos: el primero consistente en el recargo de trabajo que había para los tiempos de esa celebración, en la oficina respectiva del DASG; el segundo, en la costumbre administrativa de muchas dependencias oficiales y el tercero, en que poseía facultad legal para celebrar tal clase de convenciones.

Al efecto, al folio 243 del cuaderno 1º, dice Zabaraín:

"El aumento de trabajo en la oficina jurídica, que me obligó a trasladar a ella, primero al doctor RAFAEL BARRERA y luego al DR. ALBERTO DOMINGUEZ PARRA, y el deseo de que se terminara prontamente el Palacio de Justicia, determinaron el contrato con el Dr. PEÑA BAENA. Ni el Ministerio de HACIENDA, ni la Oficina Jurídica, ni la Contraloría de la República, ni el Consejo de Ministros hicieron objeción alguna a la celebración de este contrato, como no la han hecho con los celebrados por otros organismos, para casos especiales". (fls. 243 del cuad. 1º).

Al mismo folio 243 manifiesta lo siguiente:

"Es de anotar que tales contratos son usuales en todos los organismos oficiales como se puede comprobar revisando el Diario Oficial. El Ministerio de Minas, con cuatro Asesores Jurídicos; el Ministerio del Trabajo con tres Asesores Jurídicos; el Ministerio de Agricultura, con once (11) Asesores Jurídicos; la Empresa de Telecomunicaciones con tres (3) Asesores Jurídicos y en general todas las dependencias oficiales, los han celebrado y es por ello y para esto fin que existe en el presupuesto nacional, una partida para el efecto, no solo en mi dependencia sino en todas las otras. Para comprobarlo me permito entregar al señor Juez, una lista de contratos celebrados por entidades nacionales, que puede verificarse en el Diario Oficial. También entrego, tomando al acaso del Diario Oficial del sábado tres (3) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) un contrato celebrado entre el Ministerio de Minas, y el doctor JORGE GARTNER, para asesorarlo 'en problemas jurídicos de índole especial y extraordinaria, que por su naturaleza e importancia, no puedan ser atendidos debidamente por los' Abogados de plan-

ta del Ministerio. El indagado entrega al señor Juez, en nueve (9) fls.utls. los documentos a que hace referencia, los que fueron rubricados por el deponente en el momento de la entrega y los cuales se agregarán al finalizar esta diligencia". (fl.243 del cuad. 1º).

Y para demostrar la legalidad de los contratos en mención, manifiesta, con respecto al celebrado con el doctor Peña Baena, lo que se copia en seguida:

"Fue así como, después de varias conversaciones con el señor PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, con el Arquitecto especializado doctor GONZALEZ BARONA, con los ingenieros ganadores del concurso doctores CRUZ y LONDOÑO; con el señor Ministro de Justicia y con los propietarios, resolví hacer un contrato con el doctor RODRIGO PEÑA BAENA para aligerar los trámite jurídicos. Este contrato fue elaborado por la Oficina Jurídica del Departamento, a cargo del doctor JOSE J. JIMENEZ se firmó el día quince (15) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963) enviándose a la Sección de Presupuesto, del Ministerio de Hacienda, con el lleno de los requisitos legales, el diez y siete (17) de ese mismo mes. Ella certificó la existencia de apropiación presupuestal el día veintitrés (23) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963) de ese mismo mes y año. La Contraloría General de la República impartió su aprobación y expidió el certificado de reserva número 1176, el día diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1963)". (fl. 243 del 1º c.).

Y por lo que atañe al contrato con el doctor Visbal, declara:

"En vista de que el doctor RODRIGO PEÑA BAENA, no había podido cumplir su misión se decidió celebrar un nuevo contrato con el doctor MAXIMO VISBAL, el día dos (2) de mayo de mil novecientos sesenta y tres (1963). Este contrato fue elaborado también por la Oficina Jurídica del Departamento a mi cargo, certificada su apropiación por el Ministerio de Hacienda, aprobado por la Dirección de Presupuesto y luego por el Consejo de Ministros, el once (11) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1963). El doctor ALVARO LONDOÑO ANGEL encargado provisionalmente de la Dirección del Presupuesto consideró inicialmente que no era necesario un nuevo contrato, pero luégo, expuestas las razones que lo originaban, lo aprobó". (fls. 243 v. a 244 del cuad. 1º)".

No está por demás apuntar que en el encabezamiento de uno y otro contrato se declara que, conforme a lo dispuesto "en el inciso n) del artículo 6º del Decreto 1718 de 1960, el Jefe del Departamento de Servicios Generales está facultado para celebrar todos los contratos relacionados con los servicios que debe prestar esta Dependencia".

De estos motivos se tratará, separadamente, como sigue:

PRIMER MOTIVO

En el proceso obra la declaración rendida por el doctor José J. Jiménez (ver folios 36 a 45, 63 a 68, 68 a 71 v., 79 a 85, 142 a 144, 145 a 148 v., 158 a 160 v., 175 a 177 y 193 a 195 del cuaderno 5º). Se trata de una larguísima exposición relacionada estrechamente con las actividades del doctor Jiménez como Asesor Jurídico del DASG en la época de los hechos de autos.

Jiménez niega, a todo lo largo de su testimonio, rotunda y sistemáticamente, la existencia del primer motivo alegado por Zabaraín. Para Jiménez no era necesario celebrar los contratos con Peña Baena y Visbal y no se justificaba la erogación que tales convenciones suponían. El estudio de títulos encomendado a dichos abogados, bien hubiera podido realizarlo él por disponer de tiempo suficiente. La Oficina Jurídica a su cargo nunca estuvo congestionada en los tiempos en que el señor Zabaraín fue Jefe del DASG. No era indispensable que el señor Zabaraín, sin atribución legal alguna, hubiera resuelto encargar a los doctores Rafael Barrera Arrieta y Alberto Domínguez Parra de ejercer funciones que, según el Decreto 1718 de 1960, sólo le correspondía al Jefe de la Oficina Jurídica. El señor Zabaraín en forma terminante le obligó o presionó como su superior jerárquico, a elaborar los contratos con los doctores Peña Baena y Visbal, a pesar de que él le hizo saber que no estaba de acuerdo en que se celebraran tales convenciones por tener en cuenta lo dispuesto en el inciso g) del artículo 36 del Decreto 1718 de 1960. Zabaraín le hizo saber que tenía que ayudar al doctor Visbal "porque se encontraba en malas condiciones económicas". La presencia del doctor Barrera en la Oficina Jurídica del DASG no se justificaba. Mora en el despacho de los asuntos de la Oficina Jurídica no era deducible en tiempos de la celebración de los contratos con Peña Baena y Visbal.

Buena parte de estas afirmaciones del doctor José J. Jiménez aparecen corroboradas por la se-

ñorita Beatriz Restrepo Martínez al declarar (fls. 197 a 184 del cuad. 5º).

En efecto, según esta señorita, que desempeñaba en el DASG el empleo de secretaria del doctor Jiménez, al doctor Barrera "le pasaban los contratos para que los aprobara y los firmara por orden del doctor Zabaraín". Esto era lo único que hacía. El doctor Alberto Domínguez Parra "nunca fue asesor ayudante de la oficina jurídica". El señor Zabaraín le dijo a ella que le hiciera saber al doctor Jiménez que el contrato con Visbal debía hacerse por orden recibida del Presidente Valencia. El doctor Jiménez disponía de tiempo suficiente para efectuar el trabajo que se le encomendó a los doctores Peña y Visbal. El doctor Jiménez alguna vez le comentó que lo que era materia de los contratos con Visbal y Peña, le correspondía hacerlo a él. Mucha fue la insistencia o interés de Zabaraín en que se redactara en la Oficina Jurídica el contrato con los abogados Peña y Visbal. El contrato lo mecanografió ella al serle dictado por el doctor Jiménez.

Al practicarse un careo entre el doctor Jiménez y el señor Zabaraín, uno y otro se ratificaron en las afirmaciones que con anterioridad habían hecho en cuanto a la materia de que se está tratando. (Ver folios 40 a 45 v., 46 a 50, 50 v. a 53 v. y 53 a 57 del cuad. 6º).

Así las cosas, para establecer si existía o no recargo de trabajo en la Oficina Jurídica del DASG y si entre las causas de la celebración de los contratos con los abogados Peña y Visbal puede contarse esa del recargo, es necesario tener igualmente en cuenta lo que sobre el mismo tópico declaran testigos como Rafael Barrera Arrieta (folios 10 y v. del cuaderno 5º y 379 a 385 v. del cuaderno 5º), Alberto Domínguez Parra (fls. 12 a 13 vuelto y 386 a 398 v. del cuad. 5º) y Cándido Molina Ortiz (fls. 55 a 56 v. del 5º y 147 a 150 del cuad. 6º).

El primero de los nombrados manifiesta que la Jefatura del DASG, "en vista de que el trabajo jurídico seguía siendo excesivo", le ordenó que se "encargara del estudio de los contratos que se tradujeran en las divisiones de Inmuebles y Suministros", mientras el titular de la Oficina Jurídica, doctor Jiménez, seguía atendiendo los contratos originados en las Divisiones Administrativas y en la Imprenta Nacional, lo mismo que los negocios que se tramitaban ante el Consejo de Estado. (fl. 10 v. del 5º).

Careados Barrera Arrieta y Jiménez, el primero, luego de ratificarse en lo que antes dijera con relación al recargo de trabajo existente en la Oficina Jurídica, expresó lo siguiente:

"Hago constar de la capacidad de trabajo e inteligencia del doctor JOSE J. JIMENEZ, pero que siendo superior a lo normal no le permitía evacuar con la rapidez necesaria de compra, que demandan un trámite rápido por las oscilaciones permanentes de los precios y los de arriendo que generalmente se estudiaban o mejor se legalizaban con un año y hasta más de atraso, lo que significaba un pago todavía mucho más tardío, extemporáneo y por consiguiente injusto para quien entregaba su inmueble al Gobierno". (fl. 380 del cuad. 5º).

Por su parte, el doctor Jiménez insistió en negar que para el tiempo en que trabajó el doctor Barrera en la Oficina Jurídica, hubiera exceso de trabajo en la misma dependencia. (fl. 381 y v.).

Durante el mismo careo, el doctor Jiménez sostuvo que la firma del doctor Barrera y el sello correspondiente se estampaban en los contratos para eludir el visto bueno o control de él como Jefe de la Oficina Jurídica.

A tal afirmación respondió el doctor Barrera en estos términos:

"PREGUNTADO EL CAREADO DOCTOR BARRERA ARRIETA: Ha escuchado usted las afirmaciones que en su presencia ha hecho el doctor Jiménez. Qué tiene usted que decir sobre esto? CONTESTO: Las he escuchado y discrepo de ellas puesto que en el momento que llegué al DASG si es cierto que fui nombrado ANALISTA de ADMINISTRACION, también lo es que nunca desempeñé esas funciones sino que mi labor inicialmente se concretó a hacer el estudio de los títulos de los inmuebles nacionales, labor que había dejado trunca el doctor MUNOZ cuando esa dependencia correspondía al Ministerio de Obras Públicas y él inició dichos trabajos en base de un contrato con dicho organismo. A mi llegada al DASG, se estudiaba por parte del Departamento una modificación en la creación del cargo de Sub-Jefe del Departamento y de un Asesor Jurídico más este último ofrecido por el doctor ARMANDO ZABARAIN a mí. Con posterioridad a esta fecha el doctor ZABARAIN dictó la Resolución número 446 de 1963, que textualmente dice: Por la cual se comisiona a un funcionario. El Jefe del DASG, en uso de sus facultades legales, y considerando Que el doctor RAFAEL BARRERA ARRIETA, abogado titulado e inscrito, es empleado de este De-

partamento y que el trabajo pendiente para resolver en materia jurídica es excesivo y se necesita entregarlo a la mayor brevedad posible. RESUELVE: Artículo único. Comisionar al doctor RAFAEL BARRERA ARRIETA, para que estudie los contratos de las diferentes Divisiones del Departamento que le sean sometidos a su consideración por orden de la Jefatura. PARAGRAFO. La presente Resolución protocoliza la comisión que en este sentido venía cumpliendo por orden del Jefe del Departamento. COMUNIQUESE y CUMPLASE. Dada en Bogotá, D. E. a diez y siete de junio de mil novecientos sesenta y tres. El Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales. ARMANDO ZABARAIN. El Jefe de la División Administrativa, JOSE CONSTANTE BOLAÑOS. Con fecha dieciocho de junio de mil novecientos sesenta y tres, se dirigió al Jefe de la División de Inmuebles Nacionales doctor JOSE ENRIQUE BARRERA el oficio siguiente: "En desarrollo a lo dispuesto por la Resolución número 446 de este Departamento, ruégole impartir las instrucciones pertinentes para que los contratos que se originen en esa División sean sometidos a estudio, del doctor RAFAEL BARRERA A.—Cordialmente, (fdo.), ARMANDO ZABARAIN, Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales. Con la misma fecha y el mismo tenor el Jefe del Departamento doctor ARMANDO ZABARAIN se dirigió a don CARLOS ARDILA Jefe de la División de Suministros; para los fines consiguientes, dejo en poder del Juzgado copias expedidas por la Jefatura de personal del DASG, de los documentos transcritos. El deponente entrega en tres fls. útls. copia de los documentos a que se ha referido, los que se agregan a esta diligencia". (Fls. 379 v. a 380 del cuad. 5º).

Ante esta realidad, el doctor Jiménez se vio precisado a manifestar que desconocía los términos de la Resolución y de los oficios citados por el testigo Barrera, y a continuación dio cuenta de su personal criterio de interpretación acerca de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto 1718 de 1960, para terminar afirmando que la Resolución a que se refería el doctor Barrera Arrieta no podía modificar los términos del citado artículo.

No solamente el doctor Barrera Arrieta sostiene que había recargo en la Oficina Jurídica. También afirman lo propio los doctores Alberto Domínguez Parra y Cándido Molina Ortiz.

En efecto, el doctor Domínguez Parra sostuvo ante el doctor Jiménez lo siguiente:

"En cuanto que el doctor BARRERA visara y revisara contratos, es evidente, y así lo dije en mi primera declaración La legalidad de su cargo, no es materia de mi opinión, pero si de que la oficina jurídica en mi personal sentir necesitaba de un Abogado Auxiliar por lo menos, y con el doctor CARDENAS en varias oportunidades se trató de promoverme a mí a la Oficina del doctor JIMENEZ para colaborar con éste en las tareas de su despacho, porque el doctor JIMENEZ, entre otras razones consumía la mayor parte de su tiempo en gestiones en el Ministerio de Hacienda afirmación que ratifico en presencia de mi distinguido amigo". (fls. 386 v. a 387 del cuad. 5º).

Y de lo declarado por el mismo Domínguez Parra, es conveniente traer a cuento esto otro:

". . . En la respuesta anterior dije cómo se necesitaba en la Jurídica por lo menos un Abogado Auxiliar, asimismo dije que el doctor JIMENEZ, entre otras razones no estaba en posibilidad física de evacuar el volumen de negocios, y que tanto el doctor JIMENEZ como el doctor BARRERA, no eran muy celosos con el horario, es una afirmación que no por molesta deja de ser menos cierta. El doctor Jiménez estará de acuerdo conmigo en que en varias oportunidades lo busqué en su oficina sin éxito, entre otras razones porque me parece que el doctor JIMENEZ con buen sentido de colaboración estaba muy dedicado a gestionar con el Ministerio de Hacienda las apropiaciones porque él tenía muy buenos amigos en esos sectores. Que el doctor JIMENEZ no permaneciera en la oficina unas veces por razones personales y otras, por oficiales, no es materia de mi juicio, ni le computé el tiempo que a una u otras actividades dedicara, pero que ello se tradujera en congestión de trabajo es evidente y me ratificó su secretaria doña BEATRIZ, en múltiples oportunidades no podía suministrar las compilaciones de disposiciones legales de obligatoria consulta porque el doctor JIMENEZ no estaba en la Oficina y mantenía las llaves de la Biblioteca. Eso es todo. APROBADA.—PREGUNTADO AL MISMO CAREADO DR. DOMINGUEZ: Diga usted con base en su anterior respuesta, si entonces el doctor Jiménez no estaba en capacidad por razones personales, oficiales y de trabajo de mantener la oficina jurídica al día o si por la época en que usted trabajaba en Servicios Generales la Oficina Jurídica estaba o no al día, en relación con lo de su resorte? CONTESTO: Dije y sigo pensando que la Oficina Jurídica aún en manos de un abogado integralmente dedicado a ella, nece-

sita Abogados Auxiliares. Por la época porque se me pregunta, basta decir que precisamente si a mí se me destinó al desempeño de funciones de la órbita del doctor JIMENEZ, sería porque el doctor JIMENEZ no estaría en posibilidad física de abarcarlo todo, y era manifiesto que sí había un agobio de trabajo apreciable. Es cierto también que el doctor JIMENEZ seguramente le resultaba un poco molesto el que sus funciones fueran parcialmente asumidas por otras personas; el doctor JIMENEZ siempre se manifestó muy celoso de sus funciones y aspiraba a asumirlas todas, pero no solamente era mi opinión, sino generalizada en el Departamento, que su buena voluntad no bastaba..." (fls. 387 a 387 v. del cuad. 5º).

A estas afirmaciones del testigo Domínguez Parra, el testigo Jiménez respondió dando explicaciones sobre sus ausencias de la Oficina Jurídica, explicaciones que, en su opinión, no autorizan para calificarle de funcionario moroso en el despacho de los asuntos a su cargo (fls 387 v. del 5º).

A este mismo respecto, es preciso anotar que Domínguez Parra, al ser interrogado por José J. Jiménez, dio cuenta de un caso que, en su sentir, pone de manifiesto que el doctor Jiménez incurría en tardanzas en el ejercicio de sus funciones.

La pregunta hecha por Jiménez y la respuesta dada por Domínguez son éstas:

"El Dr. JIMENEZ vuelve y le pregunta: Ruego al doctor Domínguez Parra informe sobre sus gestiones que adelantó en relación con la comisión que le fue conferida por el JEFE DEL DASG, en relación con legalización de contratos en predios del Parque Nacional y relacionados con los arrendamientos de los puestos de fritanga? CONTESTO: Aunque la materia porque se me pregunta no es de cargo, sino de la órbita del Juez en declaración juramentada, voy a absolverla con mucho gusto, para demostrar cómo le envié al Dr. JIMENEZ un proyecto de contrato con los expendedores de fritanga del Parque Nacional, proyecto que el doctor JIMENEZ solo evacuó pasados no menos de seis meses, y cuando envió el modelo, ya las obras que venía desarrollando el Acueducto había desalojado a los ocupantes, quienes fueron promovidos a otra zona, y se les autorizó hacer obras provisionales hasta tanto el Acueducto no concluyera las que desarrollaba. Por esta razón esas gentes permanecieron sin contrato, realizaron obras que fueron destruídas, construídas del propio bolsillo de ellos, sin que la Nación pudiera recaudar un centavo por la ausencia de títulos. (fls. 388 v. del cuad. 5º).

Otro testigo que contradice al doctor José J. Jiménez es el doctor Luis Cadena Molina, quien desempeñó durante algún tiempo al cargo de Auditor Fiscal del Departamento Administrativo de Servicios Generales.

Es así como al folio 56 del cuaderno 5º declara:

"PREGUNTADO EL DECLARANTE POR EL APODERADO DEL SINDICADO: "Sírvase decir durante cuánto tiempo desempeñó el cargo de Auditor en el Departamento Administrativo de Servicios Generales, y díganos si lo recuerda, si en alguna ocasión usted recibió quejas verbales o escritas por continuas y sucesivas demoras en el Departamento Jurídico, en la tramitación de negocios que son del exclusivo resorte de dicha oficina, y díganos, si lo recuerda, quien desempeñaba el cargo de Jefe del Departamento Jurídico del DASG CONTESTO: "El Jefe del Departamento Jurídico era el doctor N. JIMENEZ cuyo nombre no recuerdo aunque fuimos condiscípulos y sí recuerdo que hasta mi oficina llegaban quejas de los interesados en tramitaciones sobre negocios y contratos propios de esa oficina por demoras que sufrían dichos negocios. Y yo hablé por dos o tres veces con el doctor JIMENEZ sobre esto y él me mostraba la cantidad de expedientes, que tenía que eran muchos para resolver y que no daba abasto porque también le correspondía salir de Bogotá en funciones propias del cargo que desempeñaba y era verdad que esa oficina vivía muy recargada con la cantidad de expedientes que al doctor JIMENEZ le tocaba estudiar y resolver. Estos reclamos los recibía verbalmente de parte de los interesados. Aprovecho para rectificar lo que dije al principio de esta declaración, ya que yo desempeñé las funciones de Auditor Fiscal ante el Departamento Administrativo fue como hasta el mes de febrero o marzo del sesenta y tres y no de octubre como dije antes". (fl. 56 del cuad. 5º).

Y al folio 56 v. manifiesta esto otro:

"PREGUNTADO: Se ha afirmado en estas diligencias que el Jefe de la Oficina Jurídica tiene tiempo de sobra y que mantiene y ha mantenido siempre su oficina al día y que él se opuso a que se celebrara contrato de prestación de servicios con el doctor PEÑA BAENA por cuanto él podía desarrollar esa labor, ¿qué puede usted decir sobre esto? CONTESTO: Puedo mani-

festarle lo que dije antes o sea que él mismo me decía a mí que su oficina se mantenía recargada de trabajo y me mostraba los expedientes que mantenía para su estudio y resolución además del hecho de tener que salir de Bogotá en funciones propias de su cargo y varias personas cuyos nombres no recuerdo ahorita llegaban hasta mi oficina a solicitarme interviniera para que les resolvieran sus negocios pendientes allí en la Sección Jurídica del Departamento y fue por esto por lo cual me enteré del recargo de trabajo de la oficina jurídica. Claro que yo no sé si con posterioridad esta oficina llegó a estar al día en el estudio de esos negocios. Era tanto el recargo de trabajo de la Oficina Jurídica que el doctor N. BARRERA cuyo nombre no recuerdo colaboraba con sus servicios profesionales en la Oficina Jurídica. En este estado y no siendo más el objeto de esta diligencia, luego de leída por el declarante quien la aprueba, se ratifica y para constancia la firma como aparece por ante los suscritos Juez y Secretario, junto con el apoderado del sindicado (fl.56v., del cuad.5º)".

Estas declaraciones fueron, durante el careo de folios 147 a 150 del cuad. 6º, ratificadas por el doctor Cadena Molina, habiendo sucedido también que el doctor Jiménez insistió en afirmar que no había recargo en la Oficina Jurídica. Además, negó que el doctor Molina hubiera visitado su oficina para darle cuenta de reclamos hechos por algunas personas "sobre la morosidad de determinados negocios de competencia de la oficina jurídica". (fl. 147v.). Igualmente ocurrió en el careo que al pedirle Jiménez a Cadena Molina que diera los nombres "de las personas que elevaron quejas", este último, criticó la actitud de aquél diciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

"Mi moral es una sola, he observado aquí que el doctor JIMENEZ, se pone o hace preguntas que no son propias de los hombres que tienen una sola moral, que en forma habilidosa pretende embaucar a los demás y si este careo no fuera conmigo tendría contra los palos a su contendor, pero ocurre que el doctor JIMENEZ se vale de artimañas para tratar de desvirtuar una verdad que he dicho yo y que para el caso no tengo por qué desviarme de la verdad una línea, máxime cuando se trata de un negocio en el cual he declarado sin malicia de ninguna naturaleza y en el cual también he podido observar que el doctor JIMENEZ es parte interesada y por lo tanto con doble moral para decir que yo no digo la verdad, quien falta a la verdad es él; y el hecho de que el Auditor Fiscal tenga como función fiscalizar la inversión de los bienes del Estado, conlleva al que tenga que intervenir ante todas las dependencias de una entidad que fiscaliza para que, negocios que se encuentran atrasados sean tramitados y se les solucione la situación a los interesados ya que, en cada caso el público tiene interés económico y a quien no sabe cumplir con su deber hay que obligarlo a que tramite esos negocios sean cuales fueren y solucionárselos negativa o afirmativamente, y repito que moral mía es una sola porque no tengo interés de ninguna naturaleza, no así la del doctor JIMENEZ quien como abogado de servicios generales desde el momento en que discrepó con sus superiores, por dignidad debió renunciar a ese cargo que desempeña actualmente. Eso de preguntar, después de tres años y medio de haber sido auditor de servicios generales que qué personas estuvieron en mi oficina o delante de qué personas le solicité la tramitación de algunos negocios, no es propio de un abogado que está procediendo correctamente sino de quien trata de tergiversar la verdad y de embaucar a las autoridades. PREGUNTADO EL DOCTOR CADENA: Le solicito me diga delante de qué personas le solicitó usted al doctor JIMENEZ la tramitación de los negocios sobre los cuales le había hablado o pedido a usted? CONTESTO: Como primera medida, el doctor JIMENEZ en su despacho no mantenía en su oficina sino a la secretaria que recuerdo yo, y en este instante estoy recordando que en mi despacho estuvimos hablando una vez también de un negocio de alguien interesado cuyo nombre no recuerdo y como dije antes, después de tanto tiempo no recuerdo delante de quien, porque para hacer uno una solicitud a un jefe de una sección para que se tramite determinado negocio no creo que sea necesario llevar unos testigos, máxime como dije antes a un auditor le corresponde ir a cualquier oficina a averiguar por el estado de un negocio o de una cuenta y no es costumbre llevar testigos o personas determinadas, por tal motivo yo no recuerdo delante de quien o quienes haya hecho yo esta solicitud, pero es la verdad de que sí hice esa solicitud". (fls. 147 v. a 148 del cuad. 6º).

Con la referencia hecha a los careos practicados entre José I. Jiménez y Rafael Barrera Arrieta y el mismo Jiménez y Alberto Domínguez Parra y Cándido Molina Ortiz, quedan establecidos los siguientes hechos: que Barrera y Domínguez, como consecuencia del recargo de trabajo existente en la Oficina Jurídica, trabajaron como abogados en dicha *oficina* y *que el doctor*

José J. Jiménez, quien inicialmente negó que Domínguez Parra hubiera desempeñado funciones "en relación con asuntos de competencia jurídica" (fl. 36 del cuad. 5º), *al ser careado con Domínguez se vio precisado a reconocer que este último sí efectuó actos que le correspondían a Jiménez como Jefe de la Oficina Jurídica* (fl. 386 v. del 5º).

También queda en claro que no de cualquier manera fue destinado por la Jefatura del Departamento de Servicios Generales el doctor Rafael Barrera a la Oficina Jurídica, sino por virtud de la resolución que en copia obra al folio 382 del cuaderno 5º, fechada en julio de 1963, mucho antes de los sucesos denunciados.

A su turno, debe aceptarse que lo del "recargo del trabajo" en la Oficina Jurídica no es cosa que, a última hora y exclusivamente como medio defensivo, haya sido afirmada por el señor Armando Zabaraín, toda vez que ocurrió durante la jefatura del doctor Cárdenas Gutiérrez (fs. 356), antecesor del señor Zabaraín, y que en el texto de la resolución en referencia se considera que "el trabajo pendiente en resolver en materia jurídica es excesivo y se necesita entregarlo a la mayor brevedad posible".

En tales circunstancias, no se puede menos que reconocer que el primer motivo alegado por el señor Armando Zabaraín para que el DASC contratara los servicios profesionales de los abogados Rodrigo Peña Reina y Maximio A. Vishal, es circunstancia que en el expediente aparece acreditada.

A cuyo propósito se expresa así el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal:

"El doctor JOSE A. JIMENEZ en sus múltiples intervenciones ha afirmado reiteradamente que él se opuso a contratar los servicios de otros abogados, por considerar que él podía hacer el estudio de tales títulos, llegando la afirmación de su celo y capacidad hasta el punto de estimar innecesario que se le asignaran a su oficina otros abogados que lo auxiliaran. No obstante las afirmaciones del Abogado, aparece que la oficina estaba bastante recargada y que hubo muchas demoras, que hicieron necesario el comisionar otros abogados, para que colaboraran. (Folios: 36, 63 y 68, 79, 142, 158, 175, del cuad. número 5; 18, 21, 30, 31, 51 v., 53 v. y 147 del cuaderno 6º)".

A lo cual conviene agregar estos otros conceptos del mismo alto funcionario:

"El procesado señor Armando Zabaraín manifiesta que lo hizo en razón de la necesidad de construir el Palacio de la Justicia y de la urgencia de los propietarios, cuyas propiedades estaban congeladas, en definir la situación lo más pronto posible.

"Se dice que primero han debido celebrarse los contratos de promesa de compraventa y luego, sí, iniciar el estudio de la titulación, que es la tesis de los propietarios. Pero para celebrar tales contratos, primero era necesario determinar quién o quiénes eran los dueños de los terrenos por adquirir, cosa que no era posible sin el previo estudio de los títulos que, los acreditara como tales.

"Que el Abogado Jefe de la Oficina Jurídica, podía hacerse cargo de tales estudios? Posible, pero sí muy deficiente, el recargo de trabajo, podía impedirle dedicar su tiempo a tal faena, con la rapidez y eficiencias necesarias".

SEGUNDO MOTIVO

No puede negarse la existencia de la costumbre alegada por el sindicado Zabaraín de contratar servicios de juristas especiales. El ejemplo citado por él aparece verdadero, y otros muchos podrían traerse a cuento si fuera dable pasar a las constancias procesales la experiencia exterior adquirida por los juzgadores.

TERCER MOTIVO

Dice el artículo 6º del Decreto 1718 de 1960, en su literal n):

"Son funciones del Jefe del Departamento:

"n) Celebrar a nombre del Presidente de la República y por expresa delegación de éste, todos los contratos relacionados con los servicios a cargo del Departamento".

Bien puede discutirse si esta *delegación* expresa debe ser hecha para cada caso particular, o si, por el contrario, en ese decreto, dictado en uso de facultades legales por el Gobierno, la delegación ya quedó dada en términos generales para toda clase de contratos que tengan que ver con los servicios generales a cargo del DASG. Sostengan algunos que los términos del artículo se refieran a contratos individualizados, o digan los otros que esta interpretación es absurda porque no es posible que un texto carezca de objeto y carecería de él el acotado si el Jefe del DASG tuviera, en cada caso, que obtener una concreta o particular delegación del Presidente de la República lo que acarrearía un entorpecimiento in-

necesario de las actividades propias de ese Departamento. Mas es lo cierto que en el expediente cursan numerosos contratos sin el requisito, de la concreta delegación, y muchos de ellos, especialmente los que se vienen comentando, aprobados por el Consejo de Ministros y por el Consejo de Estado (fls. 112 a 125, 206 a 209 del cuaderno 1º), lo que demuestra dos cosas: *que la delegación ha sido considerada de carácter general y que el señor Zabaraín no obró con ninguna malicia al acogerse a este significado de la ley.*

Y aunque el Decreto 1718 de 1960, en su artículo 56, literal f) no habla sino de que la oficina jurídica del DASC debe estudiar los títulos de los bienes inmuebles de actual propiedad de la Nación, no se comprende cómo no pueda estudiar, y deba, los de inmuebles que van a adquirirse, cosa más necesaria que la otra. No se olvide que, en general, es una oficina para dar "conceptos jurídicos" (ord. a) idem), uno de los cuales puede y debe ser, se repite, el de la idoneidad jurídica de las titulaciones de bienes raíces que la Nación aspira a comprar.

Y esto mismo podían hacerlo los abogados contratados al efecto.

Así las cosas, no sólo no aparece demostrada la irregularidad de esos convenios pero ni siquiera su inoportunidad o inconveniencia, ni tampoco la lenidad del indiciado Zabaraín en la declaratoria de caducidad del celebrado con el abogado Peña Baena, pues ésta tiene, es cierto, fecha 23 de noviembre de 1964 (fs. 264 y 265 del cuaderno 1º), pero desde agosto se estaban haciendo diligencias para ese fin (fs. 243 id. y 213 id.).

De otro lado, no se encuentra, de existir esas irregularidades, que ellas constituyan, por sí solas, un delito.

Habrá, pues, de sobreseerse definitivamente por ese concepto.

SEGUNDO CARGO

Dicen los denunciantes:

"Los suscritos no nos preocupamos por verificar si el doctor Maximio A. Visbal R. dio estricto y total cumplimiento a las obligaciones que adquirió contractualmente, porque en la ejecución de ese contrato y con posterioridad a su vencimiento se presentaron episodios que demandaron nuestra atención investigativa y que, a nuestro juicio, culminaron con la comisión de un clásico delito de concusión por parte del Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín. Veámoslo.

"El 22 de julio de 1963, el Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín, se dirige al doctor Maximio A. Visbal R. (fs. 133, 210, 244, 293) en los siguientes términos:

"'De conformidad con el contrato suscrito entre usted y este Departamento, me permito comunicarle que para adelantar los trabajos del Palacio de Justicia es necesario el estudio de los títulos de propiedad de los predios ubicados en la manzana comprendida entre las calles 11 y 12 y las carreras 7ª y 8ª.

"'Por lo tanto ruego a usted ponerse en comunicación con los propietarios aludidos e iniciar en el menor tiempo el estudio de esos títulos.

"'De usted atentamente, (Fdo.) Armando Zabaraín, Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales'.

"El 30 de agosto de 1963 el doctor Maximio A. Visbal R. envió una comunicación al Director del Instituto "Agustín Codazzi" del siguiente tenor: (fl. 134, 185 v. y 22 del cuad. 5º).

"'En virtud de contrato celebrado con el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, estoy adelantando el estudio de los títulos de los predios ya localizados para la construcción del Palacio de Justicia.

"'El Departamento Administrativo ha solicitado a ustedes el reavalúo oficial de los predios en referencia y al suscrito aligerar el estudio de esa titulación. Como lo primero y lo segundo tienen una estrecha relación de causalidad, y por ello se hace necesario aligerar el reavalúo solicitado, estoy presentando a usted al doctor Hernando Clavijo, vocero de los propietarios, para que colabore en la localización de los predios a objeto de que el reavalúo se haga en el menor tiempo posible.

"'Sin otro particular me suscribo como su, atto. amigo y s.s.s. (Fdo.) Maximio A. Visbal R.'.

"Como culminación de diversas conversaciones sostenidas por el doctor Maximio A. Visbal R. con los propietarios de los predios ubicados en el costado norte de la Plaza de Bolívar, conversaciones sostenidas especialmente con el señor Hernando Clavijo, vocero de varios de esos propietarios, *el 17 de marzo de 1964* el doctor Maximio A. Visbal R. dirigió la siguiente carta-propuesta: (fl. 135).

"Señores
Ruperto Clavijo
Cecilia Umaña de Matiz
William Eleasmar Burque
Ciudad.

"Estimados señores y amigos:

"Con todo respeto formulo a ustedes propuesta definitiva sobre: a) reajuste de avalúos en el Instituto "Agustín Codazzi" de los predios ubicados en la Plaza de Bolívar y destinados a la construcción del Palacio de Justicia y de los cuales ostentan legítimos títulos de propiedad; y b) venta de los referidos lotes a la Nación. 'a) Me obligo con ustedes a diligenciar ante el Instituto "Agustín Codazzi" el reajuste de los avalúos de los siguientes predios: carrera 8ª números 11-08 a 11-24; carrera 7ª número 11-21 y calle 11 Nº 7-72 a 7-84 y calle 11 números 7-52 a 7-66. En estas diligencias me comprometo a poner toda mi capacidad profesional y a interponer los recursos legales y administrativos a que hubiere lugar.

'b) Como contraprestación, ustedes pagarán por concepto de honorarios profesionales al doctor Maximio Visbal R. la suma de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000.00) m/c., con la condición sine qua non, de que el reajuste alcance a un 30%.—Si el reajuste excede del 30%, a más de los $ 30.000.00 ustedes se obligan a pagarme un 20% sobre el excedente.—Pero si el reajuste fuere inferior al 30% solaquente estarán obligados al pago de la suma de $ 15.000.00 m/c.

'c) el pago se hará así: la suma de $ 15.000.00 al momento de firmarse esta carta.—El saldo de los $ 30.000.00, o sea la suma de $ 15.000.00, si el reajuste no fuere inferior al 30%, y el 20% sobre el excedente del reajuste indicado como tope del 30%, será pagado por ustedes inmediatamente reciban el pago del precio de los lotes ya indicados.

'd) recibo la facultad irreversible de ustedes de negociar con la Nación la venta de esos lotes sobre los avalúos reajustados por el Agustín Codazzi. Por comisión ustedes me pagarán al momento de recibir el precio, cada uno, un TRES (3%) POR CIENTO sobre el precio de la venta.

'e) me comprometo a que el reajuste del precio y la venta de sus predios se haga en un término máximo de NOVENTA DIAS a partir de la fecha de aceptación de esta propuesta.

"Espero que ustedes firmen el original y copia de esta carta en señal de aceptación, y mientras tanto me suscribo como su atto. amigo y s.s.s., (Fdo.) Maximio A. Visbal R.'.

"Como esta carta-propuesta del doctor Maximio A. Visbal R. a los propietarios de los predios ubicados en el costado norte de la Plaza de Bolívar, de haber sido inspirada y de contar con el respaldo del señor Armando Zabaraín, Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, implicaría, necesariamente, que este funcionario, abusando de su cargo o de sus funciones estaba induciendo a esos propietarios a dar o prometer al doctor Maximio A. Visbal R. una fuerte suma de dinero, caso típico de la concusión prevista y sancionada en el artículo 156 del Código Penal, para un total esclarecimiento de tan grave situación nos dirigimos al señor Hernando Clavijo, vocero de la mayor parte de esos propietarios, en nota de fecha 1º de octubre de 1964, cuyo texto es como sigue: (fl. 136).

" 'Distinguido señor Clavijo:

"En nuestra condición de Miembros de la Cámara de Representantes estamos allegando informaciones sobre el funcionamiento del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES. Y ha venido a nuestro poder una fotocopia de una nota dirigida a usted y a otros distinguidos caballeros por el doctor MAXIMIO VISBAL, en la que este profesional les hace algunas propuestas en relación con la venta de unos inmuebles, de propiedad de los destinatarios de dicha nota, inmuebles ubicados en el costado norte de la Plaza de Bolívar de esta ciudad capital, precisamente en el sitio en donde por mandato legal se proyecta la construcción del Palacio de Justicia.

"Deseamos, señor Clavijo, solicitarle de la manera más respetuosa las siguientes informaciones sobre la aludida nota suscrita por el doctor MAXIMIO VISBAL:

"1.—Si esa nota llegó a su poder;

"2.—Si de esa nota tuvo conocimiento el doctor ARMANDO ZABARAIN, Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales;

"3.—Si el doctor ARMANDO ZABARAIN autorizó expresamente ante usted el contenido de dicha nota, es decir las propuestas en ella contenidas;

"4.—Todas las informaciones adicionales que usted tenga a bien facilitarnos respecto a dicha nota y a los trámites que a propósito de ella se hubiesen surtido en el DEPARTAMENTO AD-

MINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES.

"Le anticipamos nuestros agradecimientos por la atención que se digne dispensar a la presente, y nos suscribimos atentamente, (Fdos.) Darío Alvarez Londoño y Carlos Augusto Noriega'.

"El mismo día 1º de octubre del corriente año de 1964, una vez pusimos en manos del señor Hernando Clavijo la nota anterior, éste nos respondió en comunicación que reza:

" Distinguidos señores:

"Acabo de recibir, entregada por ustedes personalmente, la nota en que me solicitan información sobre una carta que nos dirigió el doctor Maximio Visbal, de fecha 17 de marzo de 1964.

"Con mucho gusto les informo:

"Es verdad que recibí la nota, cuya fotocopia ustedes me han mostrado, firmada por el doctor Maximio Visbal R. que me fue entregada en la propia oficina del doctor Visbal por considerárseme vocero de casi todos los propietarios de los inmuebles a que alude dicha carta.

"Como en esa nota se nos decía que el negocio se haría en noventa días, pensé que era mi deber enterarme de la efectividad de esta nota y acompañado del doctor Maximio Visbal me dirigí a donde el doctor Armando Zabaraín para saber si era cierto que el negocio se podía realizar en los términos de la nota, y el doctor Armando Zabaraín nos confirmó que era cierto.

"Dejo así contestada su carta y sin otro particular me suscribo atento s. s. (fdo.) Hernando Clavijo'.

"Esta nota del señor Hernando Clavijo, cuyo contenido él está dispuesto, según su expresa manifestación, a ratificar bajo juramento, implica para el señor Armando Zabaraín, como Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, el cargo de haber incurrido en el delito de concusión".

Si conforme al escrito de denuncia, el señor Armando Zabaraín sería autor de un delito de concusión en caso de comprobarse que fue quien inspiró la "carta-propuesta", dirigida el 17 de marzo de 1964 por el doctor Maximio A. Visbal a los propietarios de los predios ubicados en el costado norte de la Plaza de Bolívar, y que el autor de la misma carta contó con su respaldo, es obvio proceder a verificar si tales inspiración y respaldo aparecen o nó acreditados en el sumario.

A los anteriores términos se reduce lo fundamental de la acusación de que los parlamentarios denunciantes hacen objeto al señor Zabarain cuando aluden a lo que llaman el "primer hecho".

De la carta-propuesta de que se habla en la denuncia, afirma el testigo Hernando Clavijo, al rendir declaración (fl. 226 del cuad. 1º) que le fue entregada por quien la suscribe.

Y la fotocopia de ella (fl. 135 del cuad. 1º), al serle puesta de presente al doctor Maximio A. Visbal, fue reconocida por éste como correspondiente a la carta original que, firmada de su puño y letra, les remitió, por intermedio del señor Hernando Clavijo, a varios propietarios de predios del costado norte de la Plaza de Bolívar de Bogotá, para que éstos, de hallarse conformes con sus términos, que suponían la celebración de un contrato de mandato, la firmaron en prueba de aceptación.

Conociéndose ya los términos de la carta-propuesta, es el caso de hacer referencia a los *antecedentes* de la misma.

El señor Armando Zabarain, en la condición de Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales, DASG, el día dos de mayo de 1963 celebró con el doctor Maximio A. Visbal un contrato administrativo por el término de cuatro meses, a virtud del cual el segundo de los nombrados se comprometía "a prestar sus servicios relacionados con su profesión de Abogado en el estudio de la titulación, censo de propietarios de la zona de terreno en donde se deben efectuar las construcciones del 'Centro Administrativo del D. E. de Bogotá' de conformidad con la ley 3ª de 1962, debiendo rendir informes mensuales de su labor al Departamento Administrativo de Servicios Generales", (folio 208 del cuad. 1º). En cumplimiento de este contrato, a cuya celebración inicialmente se opuso la Dirección Nacional de Presupuesto (ver folio 211 id), terminando por darle su aprobación en virtud de las razones que en forma verbal le adujo el señor Zabarain al doctor Alvaro Londoño Angel, encargado de dicha Dirección. (folios 244 y 321, id), el Jefe del DASG el día 22 de julio de 1963 le hizo saber al doctor Visbal que para adelantar los trabajos del Palacio de Justicia era necesario el estudio de los títulos de propiedad de los predios ubicados en la manzana comprendida entre las calles 11 y 12 y las carreras 7ª y 8ª, y le pidió que se pusiera en comunicación con los propietarios aludidos e iniciara en el menor tiempo el estudio de los títulos. (fl. 210, id.).

De tal modo requerido, Visbal procedió a relacionarse con los propietarios, para lo cual co-

menzó por hacerles llegar una "carta circular" en cuyo texto los daba cuenta "de que había celebrado un contrato con el Departamento de Servicios Generales para el estudio de sus títulos" y les invitaba a que se acercaran a la oficina de él para que le hicieran entrega de esos mismos títulos. (folios 294 a 310 del cuad. 1º).

Todo indica que el más diligente en atender la petición del doctor Visbal fue el señor Hernando Clavijo, no como dueño sino como hijo de uno de ellos y como representante de otros.

Al acudir el señor Clavijo a la oficina del último, los dos iniciaron conversaciones sobre el asunto, y de la primera como de las que posteriormente tuvieron, resultó que el abogado y algunos interesados estimaron conveniente tener una entrevista con el Jefe del DASG.

La entrevista se verificó. A ella asistieron varios, lo mismo que el doctor Visbal, y con ocasión de la misma, los dueños de los predios pudieron confirmar, al tenor de lo manifestado por el señor Zabaraín, que el consultor jurídico había sido contratado para realizar el estudio de la titulación de los inmuebles. También les expresó que podían entenderse con el doctor Visbal; a quien deberían hacerle entrega de las escrituras respectivas (ver folios 204 v., 225 del cuad. 1º y 291 y 299 del 2º).

No todos los propietarios hicieron aquella entrega (ver fls. 225 del 1º y 291 v. del 2º), ocurriendo, a la postre, que de los títulos que recibió, el doctor Visbal hizo el necesario estudio y rindió los correspondientes informes al DASG. (ver folios 217, 219, 221 y 215 del cuad. 5º).

Las conversaciones que el señor Clavijo y el doctor Visbal venían sosteniendo en torno a la proyectada compra de los predios de la Plaza de Bolívar, quedaron interrumpidas en los finales del año 1963, sin que la negociación se llevara a efecto en ese mismo año (ver folios 225 v. del 1º y 283 y v. del 2º).

Clavijo y Visbal, a comienzos del año 1964 volvieron a tratar de la cuestión.

¿De qué se habló durante estas nuevas entrevistas?

Para saberlo es necesario traer a cuento lo que uno y otro de los negociadores refieren al rendir declaración juramentada.

Clavijo expresa:

"A principios del año de 1964 viendo que en realidad el negocio no se efectuaba y estando convencido que para poderse efectuar era necesario darles alguna plata a estos señores, llamé por teléfono al doctor MAXIMIO A. VISBAL varias veces a su casa, ya que lo quería concretar para saber definitivamente cuánta era su pedida y si en realidad de verdad no se podría efectuar la negociación de una manera seria. El doctor Visbal, después de su regreso de Barranquilla, me recibió en su oficina, en la cual me pidió algunas sumas para poderse efectuar el negocio, a título de comisión para hacer él efectiva la negociación. Nos pedía un plazo de noventa (90) días y nos garantizaba un reavalúo del Instituto Agustín Codazzi, ya que los propietarios mayores de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) en el reavalúo de 1963, no fueron reajustados ni en un diez por ciento y los inferiores al medio millón, fueron reajustados en más de un noventa por ciento. Viendo estas desproporciones nos dirigimos al doctor ARMANDO ZABARAIN y al doctor MAXIMIO VISBAL, para mostrarle la inconformidad de dichos avalúos, a lo cual, el doctor VISBAL, me hizo el pedido que consta en una carta que presento al Juzgado, con la solicitud de que se me permita conservarla. El declarante presenta al señor Juez una fotocopia de la carta que le dirigiera el Dr. MAXIMIO VISBAL, con fecha 17 de marzo de 1964, y que en fotocopia aparece al folio 135 de este proceso. Tanto el señor Agente especial del Ministerio Público que interviene en esta diligencia, como el señor Juez, constatan que las dos fotocopias son iguales o corresponden al mismo documento y en esas condiciones el señor Juez resolvió que el declarante conserve su fotocopia presentada. Continuó exponiendo: 'esta carta la adquirí diciéndole al doctor VISBAL que yo necesitaba algo cierto para mostrarle a los propietarios de cómo era el negocio con el DASG., a lo cual, el doctor VISBAL muy a regañadientes o reticencias me facilitó la carta a la cual yo le tomé fotocopia. Al otro día le devolví la carta diciéndole que el doctor ARMANDO ZABARAIN, personalmente me confirmara que esa negociación sí se podía hacer en ese término de noventa (90) días. A las ocho de la mañana del día siguiente, que no recuerdo qué día fue, pero que sí fue a mediados de marzo de 1964 estuvimos en el DASG, con el doctor MAXIMIO A. VISBAL.—Le pregunté al doctor ARMANDO ZABARAIN que el doctor VISBAL, me decía que en noventa días a más tardar se podía efectuar la negociación, qué de cierto era eso, a lo cual el doctor ARMANDO ZABARAIN, me manifestó que sí era cierto, y sin más conversación salimos del DASG con el Dr. VISBAL quien en el carro me dijo que con la confirmación que

había obtenido del Dr. ZABARAIN, le dijera yo cuándo contaba con la plata para acelerar la negociación. Como nosotros viéramos con repugnancia esa negociación de inmediato le comuniqué al doctor VISBAL, que nosotros no hacíamos negociación alguna de esa manera, a lo cual terminó toda conexión con el doctor VISBAL. Este hecho ocurrió a mediados de marzo de 1964", (fls. 225 v. al 226 v. del cuad. 1º).

El mismo testigo, en una ampliación de su declaración alude nuevamente a la "carta-propuesta", en los siguientes términos:

"PREGUNTADO.—El escrito en que tal propuesta fue hecha, espontáneamente se lo entregó a usted el doctor VISBAL? CONTESTO: El doctor VISBAL me mostró el escrito para que yo lo aceptara, a lo cual le dije que me lo tenía que facilitar para el conocimiento del resto de las personas citadas en dicho escrito, a lo cual a regañadientes, aceptó facilitármelo, y eso ocurrió el mismo día o fecha que tiene el escrito, cuya copia auténtica les presenté en la primera declaración. No fue propiamente una copia auténtica, sino una fotocopia de dicha carta. PREGUNTADO. Al recibir usted el escrito suscrito por el doctor VISBAL, escrito al cual se refiere la pregunta anterior, qué hizo usted con dicho escrito, señor CLAVIJO. CONTESTO: Primero que todo le dije al doctor VISBAL que para creer en la veracidad de esa carta de poderse efectuar una negociación en noventa días, era necesario consultársele al doctor ARMANDO ZABARAIN a lo cual, él accedió a una entrevista con dicho doctor, para el otro día en tempranas horas de la mañana. Después de la entrevista o antes de la entrevista, no recuerdo bien, yo le tomé una fotocopia a dicha carta para poder devolverle su original al doctor MAXIMIO VISBAL ya que nosotros en ningún momento estábamos dispuestos a aceptar ninguna propuesta a éste, pero sí queríamos quedar con algún comprobante de las muchas propuestas que nos había hecho. APROBADA.—PREGUNTADO ud. la devolvió el escrito de que se viene hablando al doctor VISBAL, al otro día de haberlo recibido de éste y antes de que se verificara la entrevista que usted dice que le pidió al doctor VISBAL, que obtuviera con el señor ARMANDO ZABARAIN? CONTESTO: Yo creo que la carta se la devolví al doctor VISBAL al día siguiente de recibida dicha carta y después de haber estado con el doctor ARMANDO ZABARAIN. APROBADA. PREGUNTADO.—Qué le dijo usted al doctor VISBAL al devolverle el escrito en cuestión? CONTESTO: le dije al doctor VISBAL que ninguno de los dueños aceptaban esa clase de negocios, a lo cual el doctor VISBAL notoriamente molesto: me dijo "ACUERDESE QUE USTEDES VOLVERÁN A MI, porque de nó este negocio no se podrá llevar a cabo (creo que sus palabras fueron sabias)". El declarante exige que esta última frase quede entre paréntesis y así se hace". (fl. 284 del cuad. 1º).

Y, de su parte, Visbal manifiesta:

"Del mes de septiembre hasta los primeros días de diciembre del año de mil novecientos sesenta y tres (1963) perdí todo contacto con HERNANDO CLAVIJO y con los demás propietarios. Por el quince o diez y seis de diciembre, en todo caso días antes de cerrarse los tribunales para dar comienzo a sus vacaciones judiciales, me sorprendió CLAVIJO con su visita, quien dijo iba a mi oficina con el propósito de mostrarme una copia de los reavalúos verificados por el AGUSTIN CODAZZI, y para expresarme que se sentían lesionados en sus intereses por cuanto el AGUSTIN CODAZZI había hecho unos avalúos discriminatorios. Entonces, en esa fecha, me preguntó si yo podía hacerme cargo de apoderar a los propietarios ante el AGUSTIN CODAZZI para obtener la rectificación de esos avalúos calificados de injustos y contradictorios. Como la visita de CLAVIJO coincidió con una salida urgente de mi oficina, le manifesté a CLAVIJO que de ese asunto podríamos conversar al término de las vacaciones judiciales en enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pidiéndole el favor, el único que me hizo, de conducirme en su automóvil a Fontibón para llevar a unos amigos míos unos regalos de navidad. De tal suerte que desde el diez y nueve (19) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) hasta el doce (12) la fecha anterior no es mil novecientos sesenta y cuatro (1964) sino mil novecientos sesenta y tres (1963). Desde el diez y nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y tres (1963) hasta el doce (12) de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), no volví a verme con CLAVIJO".

"..... "

"Ese mismo día doce de febrero fue a mi oficina CLAVIJO y reiniciamos las conversaciones que habíamos suspendido el diez y nueve (19) de diciembre de mil novecientos sesenta y tres (1963). Le dije en respuesta a su pregunta de si podía apoderar a los propietarios en su reclamo ante el AGUSTIN CODAZZI, que sí me hacía cargo teniendo en consideración a que ya no existía ningún vínculo contractual entre el

abogado MAXIMIO VISBAL y el DASG. Me dijo entonces que solamente su señor padre doctor RUPERTO CLAVIJO tenía interés en que esa reclamación se adelantara, pues los otros propietarios habían desistido de su empeño. Fue entonces cuando le entregué a CLAVIJO una carta dirigida al DASG, con el fin de que la firmara el doctor RUPERTO CLAVIJO. En esa carta que en la forma original presento para que sea agregada a los autos y que debía firmar el doctor RUPERTO CLAVIJO expongo el argumento que servía de base para obtener la rectificación del avalúo del predio del doctor RUPERTO CLAVIJO. En este estado, el declarante entrega en una fj. útil, la carta a que hace referencia, la que autoriza con su firma. Está escrita a máquina y en una foja de papel de máquina sin membrete. Esta carta se agrega original a esta diligencia. CONTINUA EXPONIENDO: Después de haberle entregado la supradicha carta a ARMANDO CLAVIJO para que la hiciera firmar por su padre doctor RUPERTO CLAVIJO y la llevarán a su destino, nos despedimos cordialmente. El trece de febrero en las horas de la noche me volví a Barranquilla a donde permanecí hasta el diez y seis (16) de marzo inclusive, fecha en que se llevaron a cabo las elecciones para la renovación de los cuerpos colegiados de Cámara, Asamblea y Concejos. El diez y siete (17) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) en las horas de la mañana se presentó por última vez a mi oficina HERNANDO CLAVIJO y en esta ocasión, me devolvió la carta original aludida, diciéndome que su papá se había abstenido de firmarla porque a última hora algunos propietarios habían decidido entregarme poder para que los representara ante el AGUSTIN CODAZZI en el reclamo por los avalúos de sus predios y agregó, que para darle seriedad al negocio les formulara por escrito una propuesta de mandato en donde se especificaran los honorarios que debería pagarme por la gestión, su forma de pago y contraprestaciones referentes a esta clase de contratos. Le recibí la carta a CLAVIJO, la carta que se acaba de agregar a los autos, y le pedí que volviera a mi oficina el mismo diez y siete (17) de marzo en las horas de la tarde, precisamente a las tres hora en que sucio abrir la oficina para que recibiera el proyecto de contrato de mandato y lo entregara a los interesados para su aceptación, adición o rectificación. A las tres de la tarde y unos minutos volvió CLAVIJO a mi oficina y le hice entrega de esa propuesta de mandato, la recibí y se despidió prometiendo que regresaría esa misma tarde del diez y siete (17) de marzo para devolverme el contrato de mandato debidamente firmado y aceptado por los interesados, pues según me dijo lo estaban aguardando para esos efectos en su oficina. A las cinco de la tarde aproximadamente del mismo día diez y siete (17) de marzo volvió CLAVIJO a mi oficina, me entregó la propuesta de mandato sin la firma de las personas que debían hacerlo y me manifestó que los señores a quienes iba dirigida la propuesta de mandato habían considerado definitivamente no gastarle un solo centavo más a una cosa que veían sin futuro. (fls 292 a 293 del cuad. 2º).

Hasta ahora, para apreciar los hechos que se relacionan con la "carta-propuesta", se ha tenido en cuenta lo declarado por el doctor Visbal y el señor Clavijo. Pero ello no basta para adquirir un completo conocimiento de lo acontecido sino que es necesario considerar también lo que sobre los mismos hechos declara el señor Armando Zabaraín.

Este relata las cosas de la manera siguiente:

"Preguntado.—Sabe usted o presume, quién sería la persona que en presencia del abogado doctor MAXIMIO VISBAL manifestara al doctor HERNANDO CLAVIJO que el negocio de la compra de los predios del costado norte de la Plaza de Bolívar se podía realizar en un término de noventa (90) días y en los términos de la carta propuesta dirigida por el doctor VISBAL a los propietarios de los predios mencionados? CONTESTO: No tengo la menor idea. APROBADA.—PREGUNTADO.—Sabe usted si alguna persona hubiese autorizado como intermediario al doctor MAXIMO VISBAL para inducir a los propietarios de los predios ubicados en el costado Norte de la Plaza de Bolívar a prometer el pago de algunas comisiones disfrazadas como honorarios profesionales? CONTESTO: No sé de ninguna persona que haya autorizado al doctor VISBAL para semejante negocio. APROBADA.—PREGUNTADO. Diga usted quién es la persona que en el Departamento que usted dirige autoriza el uso de vehículos oficiales para los empleados subalternos? CONTESTO: 'Antes de contestar esta pregunta quiero dejar establecido un hecho y hacer una solicitud: El hecho es que el doctor VISBAL cuando hizo la propuesta a los propietarios tenía cerca de seis (6) meses de no tener nada que ver con el Departamento Administrativo de Servicios Generales y como él mismo lo afirmó en carta al Presidente de la Cámara de Representantes, no estaba inhabilitado para adelantar la gestión. La solicitud es la de que el señor Juez al solicitar de los

propietarios la confirmación del acta del cinco (5) de mayo les indague sobre si yo, en alguna ocasión, siquiera veladamente los induje a hacer negocios con algún abogado. Como el doctor VISBAL lo declaró en la carta a que hice referencia "Es falso de toda falsedad que esa propuesta me hubiera sido mostrada y mucho menos que yo hubiera confirmado la negociación dentro de un término de noventa (90) días, dado que no existía apropiación presupuestal, que era el Personero de Bogotá y no yo quien debía adquirir los bienes a nombre de la Nación y que en ese momento no existía posibilidad alguna de incluir una partida en el presupuesto, según me lo había manifestado el señor Ministro de Hacienda. (fls. 322 v. del cuad. 1º)".

En definitiva, qué se tiene? Qué puede deducirse de lo expuesto por los señores Visbal, Clavijo y Zabaraín? Será posible afirmar que Zabaraín conoció la "carta-propuesta" y que si la conoció fue porque la reunión de que habla el testigo Clavijo efectivamente se verificó y porque durante ella le fue mostrado dicho documento?

Para poder responder a estos interrogantes, téngase en cuenta, ante todo, que para los propios denunciantes sería dable imputar al señor Armando Zabaraín un delito de concusión implícita o impropia, en caso de que se comprobara que el mismo Zabaraín, como Jefe del DASC, fue el inspirador de la "carta-propuesta" y que el autor de esta carta contó con su respaldo.

Lo cual significa que los denunciantes hacen depender la configuración del delito de concusión del cumplimiento de una condición *sine qua non*.

De la existencia de tal condición no aparece, sin embargo, prueba alguna. Más bien aparece que nunca se cumplió.

Se pone de manifiesto, en cambio, que este primer cargo se debió única y exclusivamente a los términos ambiguos o equívocos empleados por el señor Hernando Clavijo al contestar la nota que con fecha 1º de octubre de 1964 le dirigieron los doctores Álvarez Londoño y Noriega.

En efecto, tal carta o nota dice así:

"Distinguido señor Clavijo:

"En nuestra condición de Miembros de la Cámara de Representantes estamos allegando informaciones sobre el funcionamiento del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES. Y ha venido a nuestro poder una fotocopia de una nota dirigida a usted y a otros distinguidos caballeros por el doctor MAXIMIO VISBAL, en la que éste profesional les hace algunas propuestas en relación con la venta de unos inmuebles, de propiedad de los destinatarios de dicha nota, inmuebles ubicados en el costado norte de la Plaza de Bolívar de esta ciudad capital, precisamente en el sitio en donde por mandato legal se proyecta la construcción del Palacio de Justicia.

"Deseamos, señor Clavijo, solicitarle de la manera más respetuosa las siguientes informaciones sobre la aludida nota suscrita por el doctor MAXIMIO VISBAL:

"1.—Si esa nota llegó a su poder;

"2.—Si de esa nota tuvo conocimiento el doctor ARMANDO ZABARAIN, Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales;

"3.—Si el doctor ARMANDO ZABARAIN autorizó expresamente ante usted el contenido de dicha nota, es decir las propuestas en ella contenidas;

"4. Todas las informaciones adicionales que usted tenga a bien facilitarnos respecto a dicha nota y a los trámites que a propósito de ella se hubiesen surtido en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES. (fl. 6 del cuad. 1º).

Y el interrogado al responder no dijo que Zabaraín conoció la carta ni menos afirmó que Zabaraín autorizó expresamente el contenido de ella en presencia del propio Clavijo, sino que equívocamente manifestó al respecto:

"... Es verdad que recibí la nota, cuya fotocopia ustedes me han mostrado, firmada por el doctor Maximio Visbal E. que me fue entregada en la propia oficina del doctor Visbal por considerárseme vocero de casi todos los propietarios de los inmuebles a que alude dicha carta.

"Como en esa nota se nos decía que el negocio se haría en noventa días pensé que era mi deber enterarme de la efectividad de esta nota y acompañado del doctor Maximio Visbal me dirigí a donde el doctor Armando Zabaraín para saber si era cierto que el negocio se podía realizar en los términos de la nota, y el doctor Armando Zabaraín nos confirmó que era cierto". (fls. 7 del cuad. 1º).

Fue a la postre, empero, como el propio testigo de cargo se vio precisado a desvanecer el equívoco.

En efecto, al folio 284 v. del cuaderno 2º al ser concretamente interrogado por el Procura-

dor Delegado, sin rebozo reconoce lo que en seguida se copia:

"PREGUNTADO: Al tener lugar la entrevista de que usted habla con el señor ARMANDO ZABARAIN, usted, señor Clavijo, o el doctor VISBAL le pusieron de presente al señor ZABARAIN el contenido de dicho escrito? CONTESTO: "Yo personalmente le consulté al doctor ARMANDO ZABARAIN, si era posible la negociación con el término de los noventa días que decía el doctor VISBAL y esa pregunta la hice en presencia del doctor VISBAL al doctor Zabaraín, a lo cual el doctor ZABARAIN contestó que sí era posible la negociación en noventa días. También quiero dejar en claro que delante de mí, *ni yo personalmente le puse en conocimiento la carta al doctor ZABARAIN, es decir, ni el doctor VISBAL, ni yo, ni ninguno de los dos, mostramos la carta en ese momento ni con posterioridad yo mostré la carta solamente le hice mención al doctor ZABARAIN de los noventa (90) días que nos ofrecía el doctor VISBAL en la carta*". *(fls. 284 v. al 285 del cuad. 2º).*

Y este reconocimiento vuelve a hacerlo durante el careo a que se le sometió con el doctor Visbal, en los términos siguientes:

"PREGUNTA el Juez: Señor CLAVIJO: Quiere usted recordarle al doctor VISBAL en la forma como se desarrolló la entrevista con el doctor ZABARAIN ya que el doctor Visbal niega enfáticamente que dicha reunión se haya verificado. CONTESTA el señor Clavijo: Es muy fácil de recordarle al doctor Visbal dicha entrevista con el doctor ZABARAIN ya que hace tanto hincapié de su lealtad y entereza pues recuerdo muy bien, no tanto como el doctor Visbal, en fechas, pero sí que el doctor Visbal me dijo textualmente: "PARA PODER HABLAR CON ARMANDO ES MEJOR QUE LLEGUEMOS ANTES DE LAS OCHO DE LA MAÑANA EN LAS HORAS QUE EL SE ENCUENTRA DESOCUPADO", entonces quedamos en que yo lo recogería en mi carro a las siete y media de la mañana en su casa. Lo recogí y nos dirigimos al Departamento Administrativo de Servicios Generales; allí se encontraba el señor ZABARAIN en ese momento solo y nos hizo seguir, *no le mostramos el texto de la carta por recomendación del doctor Visbal* ya que íbamos a reafirmar solamente si era posible efectuarse la negociación en el término de noventa días, textualmente le preguntó al doctor ARMANDO ZABARAIN: "DR. EL DR. MAXIMO VISBAL ME GARANTIZA LA NEGOCIACION EN EL TERMINO DE NOVENTA DIAS, ESTO ES POSIBLE?, a lo cual el doctor Zabaraín me respondió: "EN EL TERMINO DE NOVENTA DIAS SE LLEVARA A CABO ESE NOGOCIO. Salimos sin más consultas y en mi carro traje al doctor Visbal al centro. Durante este trayecto el doctor Visbal me dijo, es el momento de proceder pues ya tiene la afirmación categórica de Armando sobre que la negociación se llevará a cabo en los noventa días estipulados en la carta", (fl. 68 del cuad. 2º).

El siguiente pasaje del careo practicado entre Zabaraín y Clavijo esclarece aún más, si cabe, el punto de que se viene tratando:

"PREGUNTADO HERNANDO CLAVIJO: Con base en qué le formuló usted la pregunta al doctor ZABARAIN de los 90 días, le dijo VISBAL que si él ya conocía el proyecto o cómo se enteró él de que VISBAL estaba comprometiéndose en ello? CONTESTO: El doctor VISBAL me dijo que no era conveniente que el doctor ZABARAIN no se enterara, sino que el doctor ZABARAIN viera o se le formulara todo el texto de la carta en su oficina, *por lo que no quería en ningún momento que dicho doctor apareciera conocedor directamente de dicha carta*, por lo cual me sugirió que solamente le hiciera la pregunta de los noventa días para que constatara que sí se efectuaría siempre y cuando le aceptáramos su carta de propuesta. PREGUNTADO ARMANDO ZABARAIN: Díganos doctor con base en qué contestó afirmativamente a la pregunta del señor Clavijo con relación a los noventa días? CONTESTO: *Debo agradecer al señor Clavijo la aclaración que acaba de hacer y que demuestra hasta la saciedad que yo no conocí nunca la carta del señor Visbal y más aún, que él se cuidaba de que yo llegara a conocerla. De otro lado yo creí en varias ocasiones que sería posible hacer rápidamente la negociación. En una ocasión el doctor Sanz de Santamaría y en otra el doctor Diego Calle me ofrecieron formalmente ayudar para que las partidas fueran incluídas en el presupuesto". (fls. 275 v. a 276 del cuad. 6º).*

En conclusión se tiene que la "carta-propuesta" no fue inspirada por el señor Armando Zabaraín y tampoco contó con el respaldo de éste el autor de ella.

En conclusión se tiene también que cuando el doctor Visbal, mediante la "carta-propuesta", les ofreció sus servicios profesionales a los propietarios de los predios de la Plaza de Bolívar, hacía muchos meses que no tenía vinculación alguna con el DASG como abogado que había

sido contratado por dicha dependencia. El contrato que celebró con el BASC es de fecha 2 de mayo de 1963 y su duración era de cuatro meses. La "carta-propuesta" lleva fecha 17 de marzo de 1964.

Y en conclusión se tiene, además, como el propio testigo de cargo así lo afirma, que el doctor Visbal no les cobró suma alguna a los propietarios de los predios por el estudio de sus títulos, y que *el señor Zabaraín no le dijo al señor Hernando Clavijo como tampoco a ninguno de esos propietarios, que celebraran contrato con el doctor Visbal.* (Ver folios 282 v. y 286 v. del cuad 2º).

Pero las anteriores consideraciones no son suficientes para dejar esclarecida toda la conducta del sindicado.

Y es que a folios 225 v. del cuaderno 1º aparece el tantas veces citado testigo Clavijo aseverando lo siguiente:

"El doctor VISBAL en un principio y verbalmente a mediados de octubre a noviembre del año de 1963, nos ofreció que se haría el negocio antes de terminar el año, siempre y cuando que se le diera una plata, pero no recuerdo la cantidad determinada. Bien recuerdo una pedida personal de SETENTA MIL PESOS ($ 70.000.00) para cubrir un déficit personal que tenía el doctor ARMANDO ZABARAIN en el BASG. La pedida fue hecha por el doctor MAXIMIO VISBAL, en sus oficinas y cuando eso ocurrió no estábamos sino él y yo. Recuerdo que me dijo que para poder hacer la negociación antes del fin del año, ya que el doctor ZABARAIN estaba muy necesitado de plata le facilitara esa suma en parte de comisión, a lo que tendríamos que darles posteriormente...".

Dada la gravedad de las anteriores revelaciones del testigo, el Procurador Delegado consideró indispensable interrogarle, en la forma siguiente:

"El señor Especial Agente del Ministerio Público interroga al declarante así: En alguna oportunidad, el señor doctor ARMANDO ZABARAIN le manifestó a usted directamente que era necesario que usted le hiciera entrega o donación de alguna cantidad de dinero para que fuera así posible que la negociación del inmueble perteneciente a su padre y de los otros inmuebles a los cuales usted se ha referido en el curso de esta diligencia, se hiciera efectivamente? CONTESTO: *En ninguna oportunidad ni en ninguna ocasión el doctor ARMANDO ZABARAIN, me hizo ninguna clase de exigencias.* PREGUNTADO: Sírvase decir señor doctor CLAVIJO, qué personas le manifestaron a usted, con relación a la venta de la propiedad, de su padre y de las otras propiedades a que nos hemos referido en la pregunta anterior, le informaron a usted o le manifestaron que esas ventas no sería posible verificarlas sino a condición de darles usted, a los doctores VISBAL y ZABARAIN alguna plata? CONTESTO: No voy a decir los nombres de las personas que me hicieron el comentario y decidí asegurarme por mí mismo de que para efectos de una negociación con el BASG, era necesario dar una partida, conseguí la fotocopia que presenté por lo cual personalmente me dí cuenta que sí era necesario haberles dado una suma, por lo cual queda sin importancia en mi concepto dar el nombre de esas personas, ya que yo personalmente me convencí de que eso era cierto. PREGUNTADO. A pesar de respetar el motivo que usted aduce para abstenerse de dar los nombres de las personas a las cuales se refiere la pregunta anterior le ruego doctor Clavijo revelar esos nombres? CONTESTO: Con mucha pena insisto en abstenerme de revelar dichos nombres. PREGUNTADO: ud. consideró, es por lo menos lo que ha dicho en su respuesta anterior que para efectos de la negociación con el DASG. "era necesario DAR UNA PARTIDA". Pues bien sírvase decirnos ahora a quién era necesario entregarle esa partida? CONTESTO: "La partida era necesario dársela al doctor MAXIMIO A. VISBAL, el cual, dicho por él, se entendería con el doctor ARMANDO SABARAIN". (fl. 27 del cuad. 1º).

Se evidencia con lo anteriormente transcrito la carencia absoluta de responsabilidad de que hizo gala el testigo Hernando Clavijo al negarse a dar los nombres de las personas que, según él, le hicieron tan desdoroso comentario del señor Zabaraín como funcionario público.

Al pedirle el Procurador Delegado en dos oportunidades distintas (ver folios 227 del cuad. 1º y 282 del 2º) que revelara esos nombres, ya que el juramento prestado, a ello le obligaba, con gran desparpajo insistió en abstenerse de cumplir su deber, incurriendo así en el delito de falso testimonio, pues si fuera cierto que algunas personas le hicieron el comentario a que alude, habría callado en parte la verdad.

Estas circunstancias, y otras que ya han sido anotadas y entre las cuales se destaca la de haber dado motivo para que los señores entendieran —al conocer los términos equívocos de la con-

testación de Hernando Clavijo a la carta que le entregaron el primero de octubre de 1963— que Zabaraín inspiró la 'propuesta' y les prestó su apoyo al que la suscribe, *revelan que no se trata propiamente de un testigo que, al declarar, rinda culto a la verdad.*

Que merezca ser creído es cosa que a medida que se examinan una y otra de las intervenciones que tuvo durante la instrucción de este sumario, resulta francamente imposible. Valga lo que sigue:

A folios 227 v. y 228 del cuaderno 1º se lee lo siguiente:

"Sírvase decir si esas personas amigas cuyos nombres usted no ha suministrado, le hicieron saber el fundamento que ellas tuvieron para afirmar, más o menos, que mientras no se diera alguna suma a Zabaraín, no cristalizaría el negocio en que usted tenía interés? CONTESTO: Dichas personas no me hicieron conocer el fundamento en que se basaban. PREGUNTADO: Sigue diciendo el declarante: y debido a eso, decidí aclarar por mí mismo si era necesario dar la plata, a lo cual me confirmó con la carta del doctor MAXIMIO VISBAL. PREGUNTADO.— Le ruego doctor distinguir dos situaciones, la primera es la afirmación que usted recibió de que era necesario dar una suma al Jefe del Departamento; la segunda, que usted constató según me ha dicho, es que el abogado le exigió una suma, hecho que usted ha acreditado con la fotocopia de la carta. Le ruego doctor aclarar si usted pudo confirmar como se deduce de su última respuesta, que ZABARAIN tuviera alguna participación real o presunta en los dineros que pretendía sustraerles a ustedes el abogado VISBAL? CONTESTO: La verificación a que yo llegué de si era para ARMANDO ZABARAIN, es exactamente lo que me dijo MAXIMIO VISBAL, de que sí era para ARMANDO ZABARAIN, no toda, que él se entendería con ARMANDO ZABARAIN. Es más en alguna ocasión en que traje yo al Dr. ARMANDO ZABARAIN, del DASG en mi carro, a su residencia del hotel Continental le comenté alguna pedida del doctor MAXIMIO A. VISBAL, a lo que textualmente el doctor ARMANDO ZABARAIN, me dijo: Si es cierto que alguien llegara a mi oficina a ofrecerme plata, lo sacaría a patadas, a lo que le contesté yo que entonces romperíamos todas las relaciones con MAXIMIO VISBAL, a lo cual el doctor ZABARAIN, me dijo: 'HOMBRE, EN REALIDAD ESA PEDIDA DEL DOCTOR VISBAL puede ser de servicios profesionales del doctor VISBAL', 'a lo cual pregunté', 'Entonces tenemos que entendernos con el doctor VISBAL', a lo cual él me respondió: 'SI, YA QUE ESAS PEDIDAS SON SERVICIOS PROFESIONALES'. PREGUNTADO: Ese incidente que acaba usted de relatar tuvo ocurrencia antes, o después de que el doctor VISBAL dirigió a ustedes la carta que hemos examinado? CONTESTO: Francamente no recuerdo si fue antes o fue después. Tengo la franca sensación de que fue antes de que MAXIMIO nos pasara la carta. PREGUNTADO. Le ruego doctor determinar la fecha hasta la cual, ustedes se entendieron con VISBAL obrando éste como Abogado o empleado del Departamento Administrativo de Servicios Generales? CONTESTO: Yo me entendí con VISBAL hasta el día en que él me pasó la propuesta por escrito cuya fotocopia ustedes conocen y la visita que hicimos al doctor ARMANDO ZABARAIN un día después para conocer si sí se podía efectuar esta negociación en los noventa días. PREGUNTADO: El incidente a que antes me referí cuando usted conducía a ZABARAIN al Hotel Continental, tuvo ocurrencia antes o después y cuánto tiempo de la convocatoria para la famosa acta que firmaron únicamente ZABARAIN y la secretaria de él? CONTESTO: Ese incidente ocurrió antes de que el doctor ARMANDO ZABARAIN hiciera levantar el acta del cinco de mayo que la hizo levantar ese mismo día. Eso ocurrió por lo menos un mes y medio antes de que nos citara al Departamento Administrativo (fls. 227 v. a 228 del cuad. 1º).

Durante la misma diligencia de que se viene tratando, una vez más se interrogó al señor Clavijo así:

"PREGUNTADO.—Sírvase decir doctor CLAVIJO si la conversación a que usted se ha referido como sostenida por usted con el doctor ZABARAIN cuando usted llevaba a éste al Hotel Continental, tuvo lugar antes o después de que el doctor VISBAL le manifestó a usted que para hacer la negociación de venta del lote de su padre y de los lotes de otros propietarios, era preciso entregarle usted al doctor VISBAL la suma de SETENTA MIL PESOS ($ 70.000.00)? CONTESTO: Esta conversación que tuve yo con el doctor ZABARAIN de el trayecto del DASG. al Hotel Continental fue muchísimo después de haberme hecho el pedido de los $ 70.000.00 el Dr. VISBAL, ya que el doctor VISBAL me solicitó esta plata al finalizar el año de 1963. PREGUNTADO. Teniendo en cuenta la explicación

que nos acaba de dar en su respuesta inmediatamente anterior, le pregunto ahora si después de que el doctor ZABARAIN le manifestó a usted, refiriéndose a sus actividades oficiales como Jefe del DASG que si alguna persona se presentara a su oficina a ofrecerle dineros la sacaría a patadas, usted, doctor CLAVIJO pudo seguir dándole crédito a la explicación que el doctor VISBAL le dio en su tiempo a la partida o dinero que usted dice que el doctor VISBAL le exigió para atender con tal dinero a la solución de un déficit personal dizque padecido por el doctor ZABARAIN? CONTESTO: Yo no le seguí dando crédito a esa pedida después de mi conversación con el doctor ARMANDO ZABARAIN debido a que nunca más el doctor VISBAL me volvió a mencionar esa pedida. De tal manera que yo perdí el crédito de la veracidad de los $ 70.000.00, ya que nunca más me los volvieron a mencionar". (fls. 228 v. a 229 del cuad. 1º).

Y después de contestar el declarante la última pregunta que acaba de transcribirse, el señor Juez Instructor consideró preciso interrogarle nuevamente en los siguientes términos:

"PREGUNTADO POR EL SEÑOR JUEZ: Pero el hecho de que ZABARAIN contemplara y así se lo dijera a usted que posiblemente VISBAL quería allegar algunos fondos por concepto de servicios profesionales a ustedes después de la afirmación de que él sacaba a patadas al que le ofreciera plata, no le hizo pensar a usted algo más en relación con una posible connivencia entre ZABARAIN y VISBAL para que el segundo con el asentimiento del primero les cobrara a ustedes? CONTESTO: Me aseguré de que había una connivencia entre ellos dos a la cual el doctor ARMANDO ZABARAIN ante nosotros, como en todas sus actitudes, se mostraba inocente de lo que pasaba, pero era tan clara la connivencia que tenían, que cuando le manifesté al doctor VISBAL de que nosotros no daríamos ningún dinero en alguna conversación posterior que tuve con el doctor ZABARAIN, me manifestó que había perdido todo el interés de esta negociación por tanto problema que se había presentado todo lo contrario de lo que pesó al principio de nuestras conversaciones con él, en las cuales nos mostraba todo el interés para llevar a cabo dicha negociación. PREGUNTADO.—Fue la seguridad de esa connivencia entre ellos dos la que impidió a usted determinar a ZABARAIN la cuantía del pedimento de VISBAL y la afirmación de éste de que parte de ese dinero era para el Jefe del Departamento, o hubo un motivo distinto? CONTESTO: No hubo motivo distinto para darme cuenta de la connivencia que había entre los dos, fuera de la respuesta que me dio el doctor ARMANDO ZABARAIN, de que la pedida del doctor VISBAL podía ser por asuntos profesionales. PREGUNTADO: Si le he entendido exactamente, cuando usted conducía a ZABARAIN del CAN al hotel, le dijo usted a él, que VISBAL le exigía una suma a Ud. y a los demás propietarios por sus gestiones en el Instituto y a ello respondió ZABARAIN, que si a ZABARAIN le iban a ofrecer plata a su oficina él sacaba de allí a patadas a quien se atreviera a ello? CONTESTO: Aclaro que yo le dije al doctor ZABARAIN que VISBAL me pedía una plata para el negocio no para el reavalúo; no le especifiqué (sic) para qué era la pedida, sino solamente que la pedida era en general para el negocio. A renglón seguido el doctor ZABARAIN categóricamente me contestó que el que le hiciera una oferta de plata en su oficina lo sacaría a patadas, a lo cual, le pregunté al doctor ZABARAIN que entonces rompíamos todas las relaciones con el doctor VISBAL, a lo que el doctor ZABARAIN contestó: 'ES QUE PUEDE SER QUE ESA PEDIDA SEA POR HONORARIOS PROFESIONALES', a lo cual le dije: 'Es necesario entonces seguir con el doctor VISBAL y él me contestó afirmativamente. PREGUNTADO.—Qué explicación podría usted dar doctor al hecho de que al hablar usted a ZABARAIN de que VISBAL les pedía dinero por 'EL NEGOCIO', éste, ZABARAIN, le respondiera no directamente sino contestándole que 'SI A ZABARAIN se le ofreciera dinero, él sacaba a puntapiés a quien lo hiciera? CONTESTO: Yo saqué la conclusión de que el doctor ZABARAIN no quería aparecer directamente como uno de los beneficiados del dinero a nosotros solicitado, ya que cuando le preguntó que si nos retirábamos de VISBAL, me dijo que nó porque el pedido hecho por VISBAL era por honorarios profesionales. PREGUNTADO: En otros términos esa respuesta de un acto de él a una pregunta que se le hacía sobre un tercero lo llevó a usted a la conclusión de que Zabarain y Visbal estaban como se dice vulgarmente corriendo en llave? CONTESTO: Llegué a la plena conclusión de que corrían en llave". (fls. 229 al 229 v. del cuad. 1º).

Ya en una tercera ocasión en que declaró el señor Clavijo, el señor apoderado del sindicado le formuló la siguiente pregunta:

"PREGUNTADO UD. ha manifestado que el

doctor MAXIMIO VISBAL le pidió en alguna ocasión la suma de SETENTA MIL PESOS ($ 70.000.00) diciéndole que esa suma era necesaria para que el negocio en que usted estaba interesado se pudiera llevar a cabo ya que ZABARAIN necesitaba ese dinero para cubrir su déficit personal que tenía en el DASG. Le pregunto: *En alguna ocasión en forma directa o indirecta, franca o velada, puso usted al doctor ARMANDO ZABARAIN al corriente de la petición que le hizo VISBAL?*

Y la respuesta dada fue esta:

"*En ninguna de las oportunidades en que yo estuve con el doctor ARMANDO ZABARAIN le hice mención sobre los SETENTA MIL PESOS ($ 70.000.00) pedidos por Visbal para el doctor Zabaraín*" (*ver folio 286 del cuad. 2º*).

Al llegar a este extremo, cabe hacer las siguientes consideraciones:

Las circunstancias consistentes, de una parte, en que Clavijo nunca le hizo mención a Zabaraín sobre los setenta mil pesos pedidos por Visbal para Zabaraín, y, de otra parte, en que Zabaraín categóricamente le expresó a Clavijo que si alguien llegara a su oficina a ofrecerle plata, lo sacaría a patadas (fls. 228 y 246 v. del cuad. 1º), constituyen dos elementos de juicio suficientes para negarle todo crédito a la conjetura hecha por el testigo de cargo en el sentido de que Zabaraín y Visbal "corrían en llave" y el primero "no quería aparecer como uno de los beneficiados del dinero a nosotros solicitado, ya que cuando le pregunté que si nos retirábamos de Visbal me dijo que nó porque el pedido hecho por Visbal era por honorarios profesionales" (fls. 229 v. del cuad. 1º y 275 v. del 6º).

Pero no solamente los dos indicados elementos de juicio ofrecen la razón para desatender las afirmaciones del testigo. Es que para demostrar la carencia de fundamento de sus apreciaciones personales, está el hecho de que a Zabaraín nunca le fue mostrada la "carta-propuesta" de Visbal a los propietarios, y juega también papel la circunstancia de que Clavijo paladinamente reconoce que en ningún momento Zabaraín le propuso que hiciera contrato alguno con Visbal.

Lo considerado hasta aquí es suficiente para descartar el cargo que ha sido por un segundo aspecto examinado. Sin embargo oportuno es volver sobre lo ya visto. Al hacerlo, la Corte parte del supuesto de que se llegare a admitir que el hecho de que Zabaraín le manifestara al señor Clavijo que si Visbal le podía a los propietarios de los inmuebles algún dinero, posiblemente lo hacía por querer "allegar algunos fondos por concepto de servicios profesionales" (véase el texto de una de las preguntas hechas por el instructor al folio 229 del cuaderno 1º), es indicativo de que el sindicado, como Jefe del DASG que era cuando tal consideración hizo, subrepticiamente pretendía contribuir a que los propietarios accedieran a la "pedida de dinero" hecha por Visbal, y es también el mismo hecho sintomático de que entre Zabaraín y Visbal existía una connivencia delictuosa con propósito de lucro.

Pero si inferencias de tal naturaleza se hicieran, la equidad llevaría a descartarlas, porque ellas seguramente carecen de todo asiento en la realidad que revelan los autos; porque a la justicia penal, o mejor, a los Jueces que la administran, como seres humanos que son, les está vedado penetrar al alma del procesado para ver directamente lo que en ella ocurre; y porque *si se parte de los indicios externos demostrativos de la conducta o comportamiento del señor Zabaraín, estrictamente justo es admitir que el señor Clavijo, al comentarle que Visbal les había hecho a los propietarios de los predios de la Plaza de Bolívar una "pedida", lo que intentó o se propuso fue comprobar si Zabaraín era un funcionario venal o sobornable, enterándose en el acto de que no lo era, pues su interlocutor, ni corto ni perezoso y con vehemencia, le advirtió de que si alguien llegara a su oficina a ofrecerle dinero, lo rechazaría, "lo sacaría a patadas".*

En este mismo orden de ideas hay que reconocer que no aparece demostrado que el Jefe del DASG pretendió valerse del abogado para que los propietarios de los predios le hicieran entrega de dinero, o siquiera se lo prometieran entregar. También es de rigor tener presente que el mismo señor Clavijo asegura, al folio 275 v. del cuaderno 6º, que el doctor Visbal antes de que se verificara la entrevista con el sindicado, durante la cual a este último le preguntó el testigo, en presencia de Visbal, si la negociación podría hacerse en el término de noventa días le hizo saber a Clavijo "*que no quería en ningún momento*" que el doctor Armando "*apareciera conocedor directamente*" de la 'carta propuesta', y le pidió además, "*que solamente le hiciera la pregunta de los noventa días..*".

Manifestarle Visbal a Clavijo que no quería que Zabaraín conociera la 'carta propuesta' y pedirle que únicamente le preguntara sobre los noventa días, son hechos que de ser aceptados

como ocurridos, inclinan a pensar que las solicitudes de dinero del primero al segundo o "la pedida de los setenta mil pesos", *corresponden a una trama urdida únicamente por el abogado en beneficio exclusivo suyo, urgueyendo ante Cluvijo un interés del Jefe del DASC que a lo mejor no existió y que, en todo caso, no se ha demostrado.*

En conclusión, no aparece la prueba de que el señor Armando Zabaraín pretendió servirse del doctor Maximio A. Visbal para obtener, por intermedio de éste, que los propietarios de los predios del costado norte de la Plaza de Bolívar le prometieran o entregaran dinero a cambio de que la compraventa de esos mismos predios se llevara a efecto con la rapidez prometida por el abogado.

Para finalizar este capítulo se hará referencia a uno y otro de los elementos de prueba que tienen qué ver con el acta del cinco de mayo de 1964, cuya copia, debidamente autenticada, obra al folio 219 del cuaderno 1º.

Se contestarán estos interrogantes:

a).—Si es cierto o nó que todo lo narrado en dicha acta corresponde a la realidad de lo ocurrido durante la reunión que en la Sala de Juntas del DASG, tuvo lugar el día cinco de mayo de 1964;

b).—Si hubo o no razón para que algunos propietarios asistentes a dicha reunión se negaran a firmar el acta cuando se los pidió que lo hicieran;

c).—Si es o no verdad que ante el denuncio del señor Senador Alberto Galindo al señor Presidente de la República, el Jefe del DASC, señor Armando Zabaraín, "corrió a convocar de urgencia", en los primeros días del mes de mayo de 1964, "una reunión de los propietarios de los inmuebles, en la cual hizo protesta de que la compra de los predios no se haría con intermediarios y de que él era una persona honesta en quien el Presidente tenía gran confianza..." (Ver folio 8 del cuad. 1º), y

d)—Si es cierto o no que el señor Zabaraín, sólo cuando los señores Representantes doctores Darío Alvarez Londoño y Carlos Augusto Noriega, como comisionados por la Cámara de Representantes para investigar irregularidades o delitos en el DASG, iniciaron sus visitas a esta dependencia, llamó a los propietarios de los inmuebles para solicitarles encarecidamente que le firmaran el acta de la reunión del cinco de mayo.

Al tratar de estas materias, obvio es comenzar trayendo a cuento lo pertinente del memorial de denuncia.

En este escrito se dice lo siguiente:

"Parece que el Senador Alberto Galindo, los suscritos denunciantes no nos hemos dedicado a verificar en pormenor este hecho, justamente alarmado con el contenido de la carta-propuesta del doctor Maximio A. Visbal F., cuya fotocopia llegó a su poder, se dirigió al señor Presidente de la República doctor Guillermo León Valencia, denunciándole el hecho que estaba a punto de consumarse en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES. Y a este respecto se tiene lo siguiente:

"En la edición de 'El Tiempo', correspondiente al sábado 21 de noviembre de 1964, bajo el título "EL PRESIDENTE PIDE SEVERA investigación", aparece una información en uno de cuyos apartes se lee:

"El Presidente reveló, además, que una carta del Senador Alberto Galindo, donde denunciaba éste una negociación ilícita en "Servicios Generales", sí llegó a su poder y agregó que al conocer el texto ordenó de inmediato suspender el negocio".

"Y en la edición de 'El Espectador', correspondiente a la misma fecha del sábado 21 de noviembre de 1964, bajo el título "INVESTIGACION IMPLACABLE ORDENA EL GOBIERNO POR LAS DENUNCIAS CONTRA SERVICIOS GENERALES", en uno de los apartes se lee:

" 'Confirmó el doctor Valencia lo afirmado en la Cámara por el acusador, Carlos Augusto Noriega, en el sentido de que 'mediante una intervención suya se frustró un negociado en el cual intervenía el abogado Maximio Visbal, en su doble condición de apoderado del Gobierno y de los propietarios de tierras sobre las cuales se construirá el Palacio de Justicia.

"Es cierto que yo recibí la carta del doctor Galindo con la fotocopia de la propuesta hecha por Visbal a los propietarios, y ordené inmediatamente que se suspendiera la negociación y que el Estado rompiera todo contrato con el abogado Visbal.

"A la H. Corte Suprema de Justicia corresponderá verificar, con sus detalles, la actuación del Senador Alberto Galindo y, de ser el caso, la del señor Presidente de la República, doctor Guillermo León Valencia, de acuerdo con lo que acaba de relatarse.

"Hay otra circunstancia que, para los suscritos, tiene enorme valor acusatorio. Es lo siguiente. Ante el denuncio del Senador Alberto Galindo al señor Presidente de la República, el Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín, corrió a convocar de urgencia, en los primeros días del mes de mayo del corriente año, una reunión de los propietarios de los inmuebles, en la cual hizo protesta de que la compra de los predios no se haría con intermediarios y de que él era una persona honesta en quien el Presidente tenía gran confianza, que él no podía traicionar de ninguna manera ni por ningún motivo. Pero sólo cuando los suscritos, como miembros de la H. Cámara de Representantes, iniciamos la visita al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, enderezando nuestras pesquisas hacia la determinación de posibles irregularidades surgidas en los contratos suscritos con los doctores Rodrigo Peña Baena y Maximio A. Visbal R., y especialmente hacia la determinación de los episodios que se presentaron durante la ejecución del segundo de tales contratos y con posterioridad a su vencimiento, sólo entonces, se repite, el señor Armando Zabaraín llamó a los propietarios de los inmuebles para solicitarles, de la manera más encarecida, le firmaran un acta, por él confeccionada, de la reunión tenida con ellos hacía más de seis meses. Ignoramos si esa acta fue firmada por alguno o algunos de los propietarios pero sabemos que el señor Hernando Clavijo, vocero de varios propietarios, se negó a firmarla y nos permitió tomar fotocopia de ella, cuando sólo aparece firmada por el señor Armando Zabaraín y su secretario.

"Que la ilícita operación preparada, bajo el disfraz del pago aparentemente inocente de unas comisiones, no se hubiese realizado porque lo impidió el señor Presidente de la República, según la versión periodística antes transcrita, o porque descubierto el señor Armando Zabaraín se apresuró a desautorizar a quien le había servido de intermediario para inducir a los propietarios a prometer el pago de esas comisiones, en nada afecta la tipificación del delito de concusión en que, según nuestro criterio, incurrió el Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES". (fls. 7 a 9 del cuad 1º).

Conocidos los términos de esta otra acusación contra el señor Armando Zabaraín, es pertinente verificar el texto del acta en mención:

"En la ciudad de Bogotá, D. E. siendo las 10:30 de la mañana del día cinco (5) de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) se reunieron en la sala de Juntas del Departamento Administrativo de Servicios Generales, previa citación, las siguientes personas: doctor ARMANDO ZABARAIN, Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales; señor DEMETRIO REY; doctor JESUS MARIA MATIZ; señor LUCIANO LERSUNDY (en representación de la sucesión de RODRIGUEZ DE FAILLAGE); doctor RUPERTO CLAVIJO, señor ANDRES POMBO; señorita ANA MARIA CORTES, señor RAFAEL VERGARA y el doctor HERNANDO CLAVIJO en representación de los señores WILLIAM ELEASMAR, HERNANDO ABONDANO y LEONOR DE SALAZAR. No concurrieron la señorita EMMA VELEZ DE KOPPELL, el señor PEDRO JOSE VARGAS y el doctor PEDRO ALCANTARA BRICEÑO, porque no fue posible localizarlos. El objeto de esta reunión es el de tratar asuntos relacionados con las propiedades situadas en la zona escogida para la construcción del Palacio de Justicia.

"Abierta la sesión por el doctor ARMANDO ZABARAIN, Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales dice: Señores Damnificados: Me apena tener que decirles que en dos ocasiones he recibido elementos extraños a los dueños de las propiedades, manifestándome que vienen a intervenir en representación de ustedes. Yo quiero dejar en claro, para que no existan dudas, que no se aceptan intermediarios de ninguna naturaleza, que aquí no hay intermediarios, ni amigos míos ni de ustedes. Si se hace este negocio es con base bien clara y definida. Seguramente ustedes no me conocen y por eso creen que es probable que haya alguna cosa secreta. Yo tengo 25 o 30 años de mi vida haciendo política y esos 30 años aunque parezca extraño no los entrego por ninguna plata; además, he sido designado aquí por el doctor Valencia quien tiene en mí una gran confianza, que no puedo traicionar de ninguna manera ni por ningún motivo. De modo que quiero dejar establecido que he venido operando en busca de dos cosas: o que el Gobierno Nacional compre los inmuebles para hacer el Palacio de Justicia o que liberte a los propietarios de la congelación existente, para que puedan vender sin ningún problema; éste ha sido mi principal objeto. Pero como algunas personas han interpretado mal mi proceder, he resuelto reunirlos para dejar constancia clara y terminante de que si el Gobierno accede a incluir en el presupuesto la partida de $ 9.000.000.00 solicitada al señor Pre-

sidente de la República y al Ministro de Hacienda para llevar a cabo esta obra de gran importancia para Bogotá, para el Gobierno Nacional y para el Estado en general, la negociación se hará de conformidad con los avalúos del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", ceñida a los términos legales, no aceptando comisiones por influencias, honorarios por trabajos determinados y que no existan amigos ni enemigos tratando de obtener informaciones relacionadas con la negociación. Mientras yo esté aquí, no se hará de otra manera.

"En uso de la palabra los propietarios, don Luciano Lersundy manifiesta que él es apoderado, que no es propietario ni abogado, pero que desea informar, como lo hacen todos los concurrentes, que no están conformes con el avalúo efectuado por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" porque adolece de algunas fallas en virtud de que los funcionarios de dicha entidad no atienden a los propietarios ni aceptan de parte de ellos, ninguna explicación para entrar a fijar el valor de los inmuebles y por tal razón, en forma general piden que se escoja la Lonja de Propiedad Raíz para que haga tales avalúos, ya que por la experiencia que tienen los Miembros de ella tiene confianza en el concepto que den.

"El doctor Zabaraín informa a los concurrentes que las firmas Manrique y Martín e Hijo Ltda., y Proinco han puesto al Gobierno Nacional, por conducto del Departamento Administrativo de Servicios Generales, la financiación de varias obras para la terminación de las estructuras en el Centro Administrativo Nacional (C.A.N.), hasta por una suma aproximada de $ 60.000.000.00 incluyendo la construcción para el Palacio de Justicia y se paguen en el término de diez años, con el producto de los arrendamientos que actualmente reconoce el Gobierno Nacional. Esta oferta la pasé a la consideración del señor Contralor General de la República y en un principio la rechazó; últimamente parece que exista la posibilidad de que el Gobierno entre a considerarla y si por esta razón no se apropia la partida de $ 9.000.000.00 solicitada por mí, pediré se deroguen el artículo 2º y el parágrafo, de la Ley 132 de diciembre 11 de 1961, por el cual quedaron congeladas las propiedades que cubren la zona de terreno escogida para el proyecto de la construcción del Palacio de Justicia y así puedan los propietarios vender o construír si lo desean.

"También ofreció el doctor Zabaraín que conseguiría en la Oficina Nacional de Catastro el envío a este Departamento de los avalúos de las propiedades afectadas y que si se consigue el dinero inmediatamente estudiará con los interesados la posible negociación, para lo cual se convocará oportunamente a una junta.

"Siendo las 12 del día, se suspende la reunión y para constancia se firma la presente Acta por los que en ella intervinieron.

"Firmado ARMANDO ZABARAIN. — DEMETRIO REY. — JESUS MARIA MATIZ. — LUCIANO LERSUNDY. — RUPERTO CLAVIJO. — ANDRES POMBO. — ANA MARIA CORTES. — (Firmado) RAFAEL VERGARA. —HERNANDO CLAVIJO. — (Firmado) BEATRIZ DE ACOSTA, Secretaria. (fls. 219 a 220 del cuad. 1º).

Para emitir un juicio sobre los puntos planteados en los literales a) y b) ha de tenerse en cuenta, en primer término, que el señor Hernando Clavijo al folio 226 v. del cuaderno 1º reconoce que el 5 de mayo de 1964 se celebró la reunión a la que se refiere el acta transcrita y que durante esa reunión el señor Zabaraín "trató de su honestidad y de su carrera política de treinta (30) años, la cual no cambiaría por ninguna plata". Pero también afirma Clavijo que "como al acta le faltaba algunas cosas que se habían dicho el cinco de mayo, y todo lo que decía es la honorabilidad del doctor Zabaraín", se abstuvo de firmarla cuando en los primeros días del mes de noviembre de 1964 le llamaron al DASG y le hicieron saber que lo habían citado para que firmara ese documento.

Ocurre, sin embargo, que únicamente el señor Clavijo, es quien, como representante de algunos propietarios y como asistente a la reunión, declara que el acta del 5 de mayo le faltaban algunas cosas que se habían dicho en la reunión, y también es el único que asegura que en la misma acta "todo lo que se decía es la honorabilidad del doctor Zabaraín".

Pero en estas dos afirmaciones suyas es en cierto modo desmentido por otro de los propietarios, el señor Rafael Vergara Galvis, quien al rendir la declaración que obra a los folios 57 y v. del cuaderno 5º y al serle puesta de presente una fotocopia del acta del cinco de mayo, afirma que este documento "interpreta exactamente el objeto de esa reunión a la cual me he referido ya en esta declaración anteriormente y estoy en un todo de acuerdo por lo que nos manifestó en ella el doctor Armando Zabaraín".

El propio señor Vergara Galvis agrega:

"No recuerdo por qué no la firmé, tal vez fue pasada en borrador y al transcribirla no pasó para mi firma. A mí nunca me la presentaron para firmarla, claro está que la hubiera firmado porque estoy de acuerdo con ella".

"... yo presenté toda la titulación al doctor Visbal y tuve un concepto favorable sobre la legalidad de esos títulos. Pero bastante tiempo quizá al rededor de unos tres meses y entonces el doctor Zabaraín nos citó de nuevo para manifestarnos en una forma muy clara y precisa puesto que la junta, puesto que el objeto de esa junta me dio la sensación que era para manifestarnos el doctor Zabaraín que en cualquier clase de negociaciones que hubiera él no admitía intervención de intermediarios ..". (fl.57 v.).

Con lo anterior se comprueba que el testigo Clavijo es contradicho por el testigo Vergara Galvis. A ello se agrega que al ser careado con la señora Beatriz Villaveces de Acosta, quien aparece firmando el acta del 5 de mayo, en la condición de secretaria de la reunión, ante las declaraciones hechas por dicha señora en el sentido de hacer ver que el acta no fue alterada y que las "bases principales de lo tratado en la reunión quedaron ampliamente estipuladas conforme se reafirma en el penúltimo párrafo de la misma acta...", (fl. 154 v. del cuad 6º), no pudo menos, el señor Clavijo, que admitir que en el acta "no ha habido ningún cambio sustancial", "que hubo algunas omisiones es cierto, sin que esto implique que se hayan cambiado las bases primordiales del acta" (fl.155 id.).

Ahora bien:

"Si al redactar el acta no se cometió falsedad alguna, si no hubo cambio sustancial en la misma y si las omisiones en ella advertidas por Clavijo, no suponen, en concepto de él mismo, que se hubieran cambiado las bases primordiales de dicho escrito, ninguna justificación se le encuentra a su determinación de no firmarla cuando se le pidió que lo hiciera, y viene a ser además gratuita su inicial afirmación de que en ella "... todo lo que se decía es la honorabilidad del señor Zabaraín".

Aquí por una vez más se ofrece otro motivo para censurar la manera equívoca que emplea el testigo Clavijo al declarar.

No sobra anotar que el doctor Jesús María Matiz, quien también como propietario asistió a la reunión del cinco de mayo, tampoco tuvo razón para abstenerse de firmar el acta (ver folio 204 del cuad. 1º).

Con lo hasta aquí expuesto quedan aclarados los puntos enunciados en los interrogantes a) y b).

Por lo que atañe a los puntos c), d) y e), es indispensable expresar:

Los señores denunciantes —como se ha visto— utilizan una expresión muy gráfica al tratar de la conducta del señor Zabaraín.

En efecto, dicen que Zabaraín ante el denuncio del señor Senador Alberto Galindo, corrió a convocar a una junta a los propietarios de los predios de la Plaza de Bolívar, y dicen también que Zabaraín, sólo al dar ellos, como comisionados por la Cámara de Representantes, los primeros pasos en la averiguación de irregularidades cometidas en el DASC, solicitó de los propietarios asistentes a la referida junta que le firmaran el acta del cinco de mayo.

Salta a la vista que con una y otra de estas afirmaciones lo que se pretende es que se crea que Armando Zabaraín inútilmente pretendió evitar que pudiera imputársele un delito de concusión, por lo cual se dio sus trazas para acreditar una honestidad suya como funcionario en la que ya nadie podía creer.

Estas aseveraciones implican, obviamente, un gravísimo cargo contra el sindicado.

Para esclarecerlo se hace indispensable comentar las varias pruebas que al respecto obran en el expediente.

Comenzando por la actuación del señor Galindo se anota lo siguiente:

No obstante que la denuncia formulada por dicho Senador fue una de las causas de la iniciación de este sumario, a la postre tan distinguido miembro del Congreso no le prestó mayor servicio a la justicia, pues al requerir ésta la colaboración suya en la etapa de instrucción del proceso, se limitó a enviarle al Instructor una simple carta de respuesta, olvidando así que los hechos de que habla en su carta ha debido declararlos de acuerdo con la forma prescrita en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, tal como lo hicieran el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Trabajo.

Al Senador Galindo, como consecuencia de la solicitud hecha al folio 103 del citado memorial de pruebas, se le libró el despacho que en copia obra al folio 132 del cuaderno 5º. Por medio de él se le exigía rindiera certificación juramentada en relación con varios hechos o puntos allí enumerados, y, además, se le pedía remitiera una

copia de la carta dirigida por él al señor Presidente de la República. No se obtuvo, sin embargo, respuesta ninguna.

La carta del Senador dirigida al Instructor es del siguiente tenor:

"Bogotá, enero 20 de 1965.
"Señor doctor
"ROBERTO RAMIREZ CASTELBONDO
"Juez 17 de Instrucción Criminal
"Calle 11 Nº 9-A-24 oficina 708
"*La ciudad.*

"Señor Juez:

"En relación con su oficio número 159 de diciembre 31 informo a usted lo siguiente:

"Es cierto que a mi conocimiento llegaron dos cartas relacionadas con reavalúos de unos terrenos ubicados en el costado norte de la Plaza de Bolívar, y que en esas cartas figuraba el nombre del abogado Maximio Visbal.

"No estoy obligado por ningún concepto a revelar el origen de esas comunicaciones, pero sí me gustaría saber si su contenido ha sido investigado.

"Cuando tuve conocimiento de esas comunicaciones, hice sacar de ellas sendos facsímiles y los remití al señor Presidente de la República, con el objeto de que él las conociera y dispusiera lo que fuese del caso.

"No recibí respuesta verbal ni escrita del señor Presidente de la República.

"Del señor Juez atentamente,

"ALBERTO GALINDO". (fl. 237 del cuad. 1º).

Pero, en cambio, el Jefe del Estado sí atendió el requerimiento que se le hizo, como que la certificación juramentada que se le pedía aparece a folios 53 y 54 del cuaderno 3º.

Por ella se sabe que el doctor Guillermo León Valencia tuvo conocimiento, por carta y fotocopias que le remitió el Senador Alberto Galindo, de que el doctor Maximio Visbal había dirigido comunicaciones a algunos de los propietarios del costado norte de la Plaza de Bolívar, ofreciéndoles la prestación de sus servicios profesionales para obtener el reavalúo de unas fincas congeladas y que el Estado pensaba adquirir; que enterado de tal cosa, el doctor Valencia llamó a su Despacho al señor Zabaraín, a quien lo impuso de lo informado por el Senador Galindo; a lo cual el señor Zabaraín le respondió diciendo "que a él habían llegado rumores sobre el mismo asunto por otras fuentes y que ya se había comunicado con los propietarios para significarles que en la posible negociación que el Gobierno estaba interesado en adelantar sobre dichos lotes para edificar en ellos el Palacio de Justicia, no había intermediario, sino que se negociaría en el momento oportuno, con el propio Gobierno".

"Igualmente, certifica este otro hecho el señor Presidente:

"Pregunté también al doctor Zabaraín qué pensaba frente al doctor Visbal ante la evidencia de los hechos que yo le ponía de presente y Zabaraín me respondió que ya se había terminado la prestación de servicios en su dependencia, por parte del doctor Visbal".

Pero como con lo atestiguado por el señor Presidente Valencia no se sabe cuándo recibió él la carta-denuncia que le enviara el Senador Galindo, se le tomó declaración, en el Palacio Presidencial, al señor Ignacio Valencia López sobre estos mismos particulares.

Indudablemente la declaración rendida por el señor Valencia López contribuye a esclarecer la cuestión de que se trata, porque conforme a ella no resulta cierto que el señor Zabaraín, al saber de la carta-denuncia del Senador Galindo al señor Presidente Valencia, corriera a convocar de urgencia la reunión con los propietarios de que se ha hablado.

Y eso no es cierto porque el testigo Ignacio Valencia López responde en los siguientes términos a una muy pertinente pregunta formulada por el Instructor:

"Preguntado: En relación con una de las anteriores respuestas, me ha dicho usted doctor, que el doctor Zabaraín al entrevistarse con usted y tocarle usted el punto en relación con las comunicaciones antes transcritas, una de las medidas diligentes que él tomó, fue llamar a su dependencia para provocar una junta de propietarios. Le ruego doctor, recordar, haciendo un esfuerzo, si el doctor Zabaraín, como lo dijo usted anteriormente llamó a su dependencia para provocar la junta de propietarios, o si lo hizo más bien para pedir algún documento que demostrara que él ya había tratado con los propietarios, ese aspecto. Contestó: Me parece recordar haciendo realmente un esfuerzo como lo pide el señor Juez que tal vez el doctor Zabaraín en esa ocasión me habló de que él ya había tenido una junta con los propietarios a que hemos venido refiriéndonos y que quería hacerme conocer el acta correspondiente". (Ver folio 365 del cuad. 2º).

Al decir el testigo, para rectificar su inicial aseveración de que Zabaraín desde la oficina del testigo había llamado a las dependencias que él dirige y convocado una junta de los propietarios de los inmuebles"... que tenía por objeto... aclarar la situación que denunciaba el Senador Galindo", que le parece recordar "que tal vez el doctor Zabaraín en esa ocasión me habló de que ya había tenido una junta con los propietarios..", aunque parezca vacilante o indeciso, debe entenderse que sus palabras son indicativas de *que Zabaraín hizo la llamada telefónicamente desde el Palacio Presidencial, no para convocar una reunión de propietarios sino para que se le enviara el acta de la reunión ya celebrada con los propietarios.*

En tal sentido y no en otro debe entenderse lo finalmente declarado por el señor Valencia López, porque la fecha de la carta-denuncia del Senador Alberto Galindo y la fecha del acta de la reunión de propietarios convocada por Zabaraín, hablan por sí solas, como que por tales documentos se sabe que la reunión con los propietarios tuvo lugar muchos días antes de ser recibida en el Palacio Presidencial la carta-denuncia del Senador Galindo. *En efecto, el acta lleva fecha cinco de mayo y la carta-denuncia del Senador Galindo es del 14 de mayo.*

La carta-denuncia fue examinada por el señor Juez Instructor con ocasión del testimonio recibido al señor Ignacio Valencia López. Es así como éste, al solicitárselo el investigador, hizo buscar en los archivos de la Presidencia dicho documento y al ser hallado, se lo puso de presente al señor Juez, quien de todo ello da fe en el acta de la diligencia de declaración de Valencia López, habiendo tenido la precaución de transcribir el texto de la misma carta.

Tal escrito dice así:

"PERSONAL Y PRIVADO.—Bogotá, mayo 14 de 1964.—Señor doctor don GUILLERMO LEON VALENCIA.—La ciudad.—Señor Presidente: Usted sabe que el escritorio de un periodista, es como un confesionario. Aquí llegan muchas cosas, muchas confidencias, muchos reclamos, etc. El trabajo de uno consiste en ver cuáles tienen fundamento, veracidad y justicia y cuáles son cosas irresponsables inspiradas en el odio, o en el resentimiento, o en el deseo de causar daño a los demás. Entre esas confidencias que así llegan, hay una que por los documentos que la acompañan me parece sumamente grave, y que, como conocedor como soy de su celo inflexible por la honestidad administrativa, he considerado necesario antes que todo llevar a su conocimiento, como lo hago por medio de esta carta que desde luego tiene el carácter más confidencial.—Me imagino que las dos cartas, cuyo facsímil le acompaño, andan ya también en otras manos que no son igualmente amigas, y por eso me apresuro a enviárselas. Por lo que se me ha informado, además de las compras a que los documentos se refieren, y que en tan intrigantes y anormales circunstancias se están haciendo, quedarán formalizadas de un momento a otro.—De usted atento amigo y seguro servidor, (fdo.) ALBERTO GALINDO". (fl. 365 del cuad 2º).

En virtud de lo anteriormente expuesto debe aceptarse que el señor Zabaraín, ante la carta-denuncia del Senador Galindo, no corrió a convocar de urgencia a los propietarios para pretender demostrar ante estos su pulcritud en el manejo y dirección de la dependencia oficial a su cargo.

Otra fue la causa que le determinó a reunirse con aquellos dueños. De esta causa Zabaraín da cuenta en los siguientes términos, al rendir indagatoria.

"PREGUNTADO.—Diga usted si tuvo algún conocimiento de que el doctor VISBAL hubiera entrado en negociaciones o pretendido hacerlas con algunos propietarios para obtener el reavalúo de los predios aludidos? CONTESTO: El día veintinueve (29) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) a las diez de la mañana. Dicha reunión se efectuó con asistencia de nueve (9) de los propietarios o sus apoderados, ante quienes manifesté que la operación se haría con base en el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y que por ningún motivo, mientras yo estuviera al frente del Departamento de Servicios Generales habría comisiones, comisionistas ni intermediarios ya que yo, como representante y un hombre puro como el doctor Valencia, quien me había brindado su confianza, jamás lo permitiría. Ninguno de los presentes se refirió al doctor Visbal. La primera noticia que yo tuve de que el doctor Visbal, ya sin nexo alguno con Servicios Generales intentaba negociar con los propietarios, la tuve por el doctor Ignacio Valencia, quien me informó que existían algunas propuestas o propuesta fotocopiada, en la cual, el doctor Visbal, proponía un negocio a los propietarios. Desde el mismo Despacho de Palacio, llamé a mi secretaria doña Beatriz de Acosta y le solicité me enviara una copia del Acta de la reunión con los propietarios,

con lo que quedó demostrado ante el señor Presidente que cuando el doctor Galindo hizo la denuncia, ya había yo notificado a los propietarios de que en el Departamento no existían ni podían existir intermediarios de ninguna naturaleza. Además el Departamento no tenía la facultad de hacer la negociación propiamente dicha sino, que, era la personería de Bogotá la autorizada para la adquisición de los solares de acuerdo con el artículo 9º del Decreto 292 de 1962. Aprobada". (fls. 245 v. a 246 del cuad. 1º).

Al mismo folio 246 y en los siguientes agrega:

"Díga usted si obtuvo información por alguna persona y en caso informativo (sic) por quién de que el doctor VISBAL estaba solicitando a los propietarios de los predios dineros por la celebración del negocio antes mencionado y en caso afirmativo si le informaron la cuantía y la destinación de esos dineros? CONTESTO: La primera noticia que tuve de semejante hecho, en el cual no creo, la obtuve por la prensa de Bogotá. Jamás me pasó por la mente que pudiera llegar a ocurrir dado que últimamente ni siquiera por teléfono había tenido contacto con el doctor VISBAL. Es bueno insistir en que mis relaciones con el doctor VISBAL, terminaron con el contrato y que posteriormente, prácticamente, ni le vi, ni tuve comunicación con él. APROBADA.—PREGUNTADO.—Hay constancias en estas diligencias de que un propietario y representante de propietarios informó a usted de manera personal y directa que el doctor MAXIMIO A. VISBAL exigía una suma para que el negocio se cristalizara. Qué puede usted decir de esto? CONTESTO: "Falso. Totalmente falso. La primera noticia que tuve de la propuesta del doctor VISBAL fue en el Palacio de San Carlos, por intermedio del doctor IGNACIO VALENCIA. De haber conocido esta propuesta le habría aconsejado a los propietarios rechazaran totalmente. APROBADA.—PREGUNTADO: Hay constancias igualmente de que usted al ser enterado del hecho antes mencionado, respondió a quien le informaba que si a usted alguien le ofrecía dinero lo sacaba a patadas de su oficina y que a continuación le dijo que si el doctor VISBAL cobraba debía ser por sus servicios profesionales. Qué tiene usted que decir sobre esto? CONTESTO: El primer hecho ocurrió con anterioridad a la propuesta del doctor VISBAL y esa manifestación la hice, con motivo de la denuncia de mi amigo SIXTO RAMIREZ y al terminarse la reunión de propietarios en charla informal con el señor Clavijo. Jamás propietario alguno ni en la reunión ni en forma privada me denunció que el doctor VISBAL estuviese solicitando dineros para una presunta negociación. Además, creo que cuando el doctor VISBAL inició esas negociaciones ya hacía varios meses se había terminado su contrato con el Departamento a mi cargo y no tenía nexos de ninguna naturaleza conmigo. — APROBADA. PREGUNTADO.—Sin embargo hay constancia en estas diligencias de que la nota dirigida por VISBAL a los propietarios, el día diez y siete (17) de marzo del año pasado, fue conocida por usted personalmente y en presencia del mismo VISBAL y que usted confirmó a un representante de los propietarios en tal oportunidad, que el negocio se podía hacer en los términos de esa nota, y ahora usted manifiesta que ese conocimiento lo tuvo únicamente en Palacio y en el mes de mayo del año pasado. Qué puede decir sobre el particular? CONTESTO: Si el doctor VISBAL o el propietario a que hace referencia, dicen eso, afirman una monstruosa mentira. Yo conocí la propuesta del doctor VISBAL, en Palacio, pero no en su texto, porque el doctor Valencia, no encontró la fotocopia en ese momento. El texto de la propuesta de VISBAL, completo, lo vine a conocer, el sábado veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) por una fotocopia publicada en "EL TIEMPO" de esa fecha.—APROBADA. — PREGUNTADO.—Diga usted si ese conocimiento que según su dicho tuvo en Palacio del negocio que pretendía VISBAL, fue lo que motivó el acta cuya copia usted ha presentado? CONTESTO: De ninguna manera. La reunión se celebró el cinco (5) de mayo, y la información que me suministró el doctor IGNACIO VALENCIA fue con varias semanas de posterioridad, como lo puede certificar él mismo, ya que como lo dije antes, al ser informado, llamé desde Palacio a mi oficina, para que me enviaran copia del acta de esta reunión y sin retirarme de allí, me fue enviada y se la entregué al doctor VALENCIA LOPEZ.—APROBADA.—PREGUNTADO.—Puede usted decirme si entonces esa acta fue motivada por la información de SIXTO RAMIREZ? CONTESTO: Así fue. Aunque ni el señor RAMIREZ ni ninguno de los propietarios habló de VISBAL, nadie habló de VISBAL. APROBADA.—PREGUNTADO. — Puede decirme, qué personas firmaron esa acta? CONTESTO: Mi secretaria, doña BEATRIZ DE ACOSTA tomó taquigráficamente lo tratado en la reunión, pero mientras ella pasaba a la máquina lo taquigrafiado, los asistentes se fueron retirando. Poste-

riormente fue enviada a la firma del señor RAFAEL VERGARA distinguido hombre de negocios bogotano, quien la firmó inmediatamente. Yo solicito que se llamen a todos y cada uno de los asistentes para que bajo la gravedad del juramento digan si la reunión se celebró si lo contenido en el acta, ocurrió, y si en algún momento alguien puso denuncio de negociaciones o de intermediarios que no fuera yo mismo. El acta está firmada por mí, doña BEATRIZ DE ACOSTA y el señor VERGARA, y podría estar firmada por otros de los asistentes, pero yo juzgué ante las calumniosas imputaciones, que era mejor llamarlos a declarar bajo la gravedad del juramento. APROBADA.—PREGUNTADO.— Diga usted si hizo recibir esas declaraciones en algún Juzgado y en caso afirmativo, en dónde están y quién las tiene? CONTESTO: No. No. Por eso estoy solicitándolo al señor Juez, PREGUNTADO.—Sin embargo, hay constancias en esta diligencia de que usted, requirió a más de un propietario o representante para que firmara el acta a que nos hemos referido y que ellos se abstuvieron de firmarla, no obstante la presencia en su despacho, en ese momento de un parlamentario a quien usted consultó en presencia del presunto firmante si tenía algo de malo el que la suscribiera y que ante la negativa de éste y en ese momento fue cuando la firmó usted y la firmó su secretaria. Qué puede decir sobre el particular? CONTESTO: Yo solicité al señor CLAVIJO el joven—, que firmara el acta. El me declaró que todo lo allí contenido era cierto y que se la prestara para firmarla. Se la llevó con ese fin y según he sabido lo que hizo fue fotocopiarla y luego devolvérmela sin su firma". (fls. 246 a 247 vto. del cuad. 1º).

Sixto Ramírez, a quien cita Zabaraín en las circunstancias ya conocidas, corrobora las explicaciones dadas por el sindicado, porque a folios 313 y siguientes del cuaderno segundo refiere que en la segunda quincena de abril de 1964, o a mediados o finales del mes de abril de dicho año, llamó por teléfono a Zabaraín para pedirle que le recibiera en su despacho del DASG, a lo cual éste accedió. Y manifiesta también que al entrevistarse con Zabaraín le hizo saber que estaba interesado en que al doctor William Eleasmar se le comprara el predio de que era dueño en la Plaza de Bolívar y que esperaba que Zabaraín le ayudara "al buen éxito de los intereses del doctor Eleasmar"; que durante tal entrevista, a él, a Ramírez, le pareció que Zabaraín estaba "un poco contrariado por cuanto en forma desacostumbrada entre los dos" le manifestó que él no aceptaba intervención de ningún intermediario y que, además, el negocio no dependía de él, "sin siquiera decirme de quién dependía y terminó desilusionándome —agrega Ramírez— diciéndome que ni siquiera había dinero para comprar esas propiedades". (fl. 313 vto.).

Y también dice lo siguiente el señor Ramírez:

"Traté de insistirle diciéndole o reclamándole lo que me había informado el doctor ELEASMAR en cuanto a la intervención de un intermediario que se decía muy amigo de ZABARAIN pero que en fin, si yo no podía participar, pues no intervendría. Es todo cuanto se y me consta. PREGUNTADO: Cuál es el nombre de ese intermediario amigo de ZABARAIN? CONTESTO: No tengo idea. PREGUNTADO: Quién le dijo a usted que ese intermediario era amigo de ZABARAIN? CONTESTO: El Dr. ELEASMAR. PREGUNTADO: Qué le dijo a usted ZABARAIN al tener conocimiento de que existía un intermediario amigo de él interviniendo en ese asunto? CONTESTO: Le repito que la actitud de él para mí fue desconocida y me pareció que me había recibido con disgusto y se limitó a decirme: Mira Sixto, yo no acepto intermediarios en las cosas de mi oficina. PREGUNTADO: Pero él ni siquiera preguntó a usted cuál era el nombre de ese intermediario? CONTESTO: El no me preguntó cuál fuera el nombre del intermediario y es que prácticamente la conversación de ese día con ARMANDO fue cosa de minutos. Excesivamente lacónica". (fl. 313 vto. del cuad. 2º).

De modo, pues, que está probado en autos que el señor Zabaraín, convocó a los propietarios tan pronto como tuvo noticia, por boca de Sixto Ramírez en los últimos días de abril de 1964, que corría el rumor de que en la negociación de los predios de la Plaza de Bolívar había intermediarios. Por conducto de Ramírez no supo Zabaraín el nombre de ese intermediario o de esos intermediarios, pero le bastó con tener noticia de que se comentaba que había intermediarios para convocar inmediatamente la reunión de que tanto se ha hablado, dejando, durante ella, en claro las cosas ante los propietarios asistentes.

Por lo mismo, sospecha ninguna puede despertar el hecho de que Zabaraín, al concurrir al Palacio Presidencial y enterarse del motivo por el cual se le había citado, hubiera llamado telefónicamente a las oficinas del DASG y pidiera que se le enviara el acta del cinco de mayo y pretendiera más luego que la misma acta la fir-

maran quienes a pesar de haber concurrido a la reunión no lo habían hecho todavía.

Era apenas lógico que Zabaraín procurara conseguir las firmas de los concurrentes a la reunión. En ello nada hay que sea reprimible.

Así las cosas, se infiere que el hecho de reunirse el cinco de mayo de 1964 el señor Armando Zabaraín con los propietarios, para los fines ya conocidos, en vez de corresponder a una circunstancia indicativa del delito de concusión de que le sindican los parlamentarios denunciantes, contribuye a descartar que esté probado que el sindicado hubiera infringido el artículo 156 del Código Penal.

Para dar término a estas consideraciones la Corte se referirá en seguida a la afirmación hecha por los doctores Alvarez y Noriega de que no obstante que el Auditor Fiscal del DASG demoró el pago del precio del contrato celebrado con el doctor Maximio A. Visbal, exigiendo se clarificara lo relativo al cumplimiento del mismo contrato, Armando Zabaraín, como Jefe del DASG, "se apresuró a certificar que el doctor Maximio A. Visbal R. había dado cumplimiento a todas las obligaciones por él contraídas con el Departamento", lo que permitió que el abogado contratista cobrara el valor total del contrato. (fls. 3 y 4. del cuad. 1º).

Por lo tocante a esta materia, obligatorio es partir del hecho de que no todos los propietarios de los inmuebles se mostraron conformes al saber que el abogado Maximio A. Visbal había sido contratado por el DASG para estudiar los títulos correspondientes a sus predios.

Esta inconformidad, que trajo como consecuencia que *algunos propietarios terminantemente se negaran a entregar sus escrituras y otros se mostraran renuentes a tal entrega, fue, sin lugar a dudas, la causa en razón de la cual el abogado Visbal no pudo realizar en su totalidad la tarea a que se había comprometido.*

Como lo atestigua el señor Hernando Clavijo al folio 225 del cuaderno 1º, los propietarios consideraban "que no se debía hacer el estudio de títulos hasta que no se llegara a un acuerdo en la negociación". En otras palabras, juzgaban desacertado que el Departamento Administrativo de Servicios Generales, antes de convenir los términos de la compraventa de los inmuebles, hubiera dispuesto que se estudiaran las titulaciones de cada propiedad. Consideraban también —como lo anota el abogado Visbal en el primer informe que con fecha agosto 1º de 1963 rindió al Jefe del DASG y que es visible al folio 217 del cuaderno quinto, que al estudio de los títulos debía preceder "el esclarecimiento de la situación de sus propiedades frente a los fenómenos de orden económico que gravitan sobre ellos que necesariamente inciden sobre el precio; congelación-devaluación".

Hubo, por consiguiente, propietarios remisos y también propietarios que en su mayoría se negaron a facilitarle al abogado los títulos para hacer el consiguiente estudio.

Entre los propietarios que con su proceder hicieron imposible que Visbal terminara el estudio a que se obligó, merece citarse al señor Demetrio Rey Castañeda, en vista de lo que asevera a folios 348 vuelto del cuaderno 2º y que es lo siguiente:

"Preguntado: Sírvase decir, todo cuanto usted haya hecho para efectuar la venta de su lote en la carrera 8ª entre calles 11 y 12 de esta ciudad? CONTESTO: Yo no he hecho nada. Espero solamente que el Gobierno diga con quién debo entenderme para formalizar el negocio correspondiente, pues yo con nadie me he entendido ni me he prestado a entregar la titulación de dicho lote a ninguna persona. Estando yo fuera del país se me dijo que debía presentar la titulación, pero yo me negué a ello, pues no he visto necesario entregar esa titulación o mostrársela a ninguna persona. APROBADA.—PREGUNTADO: Usted tuvo conocimiento de que hubo abogados que se encargaban de estudiar la titulación de los lotes a que nos hemos referido? CONTESTO: Propiamente no. (fls. 340 vto.)".

En definitiva se tiene que a pesar de que el abogado Visbal, una vez que el Jefe del DASG, mediante nota visible al folio 210 del cuaderno primero, le pidió que se comunicara con los propietarios e iniciara el estudio de los títulos, procedió a levantar un censo de propietarios, hecho lo cual les dirigió a cada uno de los propietarios una carta o circular dándoles cuenta del contrato que había celebrado con el DASG y pidiéndoles se acercaran a su oficina para que le hicieran entrega de los títulos.

Pero su solicitud no fue atendida sino por los dueños de cinco propiedades. Ellos fueron: 1º) Rafael Vergara Galvis; 2º) Hernando Abondano Raymond; 3º) Ruperto Clavijo y Celmira García de Clavijo; 4º) Leonor Gutiérrez de Salazar y 5º) Cecilia Umaña de Matiz, María Elena Umaña de Uerós y Conchita Umaña de Meoz.

(Véase a los folios 215, 269 a 271, 277 a 278, 279 a 282, 283 a 285, 286 a 289 del cuaderno primero).

El abogado Visbal, en cumplimiento del contrato, rindió al DASG conceptos debidamente fundamentados con relación a los predios de los propietarios mencionados. El mismo abogado, durante el término de su gestión, rindió informes parciales y uno general (ver folios 217, 219, 221 y 215 del cuaderno quinto).

El abogado Visbal, por considerar que tenía derecho a que se le pagara la totalidad del precio del contrato, elevó la correspondiente solicitud.

A su pretensión —como ya se vio— se opuso el Auditor Fiscal del Departamento (folio 214 del cuad. 1º).

Visbal entonces insistió (fl. 228 del 5º), y fue por ello por lo que el señor Zabarain, en su condición de Jefe del DASG y para que se le pagara a dicho profesional la totalidad del precio del contrato, expidió la siguiente certificación:

"Bogotá, D. E. octubre 3 de 1963.—EL SUSCRITO JEFE DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, CERTIFICA: Que el doctor Maximio A. Visbal R., con cédula de ciudadanía número 2892752 de Bogotá, ha dado estricto cumplimiento a todas las obligaciones por él contraídas con este Departamento en virtud del contrato firmado en esta ciudad el día dos (2) del mes de mayo del año en curso, para el estudio de los títulos en el Centro Administrativo del D. E., de Bogotá lo que aparece en los informes periódicos rendidos a esta Jefatura. (fdo.) ARMANDO ZABARAIN Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales—(hay un sello que dice: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES JEFATURA DEL DEPARTAMENTO)". (folio 200 del cuad. 1º).

Significa lo anterior que el señor Zabaráin consideró que el doctor Visbal tenía derecho al pago de sus honorarios; y si es cierto que expidió la certificación transcrita, a pesar de que el estudio de todas las titulaciones de los predios de la Plaza de Bolívar no había sido realizado, es cierto también que este último hecho no era cargable a la cuenta del abogado Visbal, por ser precisamente correspondiente a una circunstancia enteramente ajena a la voluntad de este último, constitutiva como tal de fuerza mayor que produjo un resultado completamente diverso del que estaba en el fin que se proponía el abogado contratista al dar comienzo a su tarea, y que, por lo mismo, no podía ser valorada en perjuicio suyo, pues no le correspondía con motivo de haberse negado la mayoría de los propietarios a entregar la titulación de sus predios, hacerse a esos mismos documentos por otros medios.

Si no corría por su cuenta dicha clase de obligación, si únicamente debía realizar el censo de propietarios, estudiar las titulaciones que de éstos recibiera y rendir informes periódicos de su labor, actividades todas estas que sí ejecutó, *obvio es inferir que el señor Zabaráin no estaba en condiciones de negarse a certificar que Visbal había cumplido con lo estipulado en el contrato.*

No se evidencia al certificarse tal cosa que el sindicado hubiera cometido infracción penal alguna, pues no siendo, se repite, atribuíble a culpa o negligencia del abogado contratista que los estudios sobre titulación de predios no se llevaran a cabo en su totalidad, el Estado no podía dejar de cubrir en su integridad el precio del contrato.

Por eso dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"De ahí que estime, que en la contratación de los servicios profesionales de los doctores Rodrigo Peña Baena y Maximio A. Visbal no hubo por parte del señor Armando Zabaráin infracción alguna de la ley penal y cuando más ligereza en su afán de cumplir con lo que él creía inaplazable deber".

TERCER CARGO

Llamándolo "segundo hecho" los denunciantes afirman que el 28 de junio de 1964, en el sitio denominado Gualanday, se accidentó el automóvil Chevrolet, modelo 62, placa D-01143, del Departamento de Servicios Generales, el cual quedó semidestruído y en el que viajaban Armando Restrepo, empleado del mismo Departamento y el conductor, Luis Antonio García, quien resultó muerto.

Para explicar el viaje que dicho empleado hizo a Ibagué en el ameritado vehículo, se expidió la Resolución número 0502 del 25 de junio de 1964 por medio de la cual se comisiona a Armando Restrepo y al conductor García para que se trasladen —el 26 de los mismos— a aquella ciudad con el fin de investigar el comportamiento de las empleadas del aseo del Palacio de Jus-

ticia de esa ciudad, y para organizar el servicio de celaduría (fls. 321 del C. 2º).

Afirman los denunciantes que esta Resolución se expidió con posterioridad al accidente, cabe decir que se cometió una falsedad, pues ella es acomodaticia.

Parecen apoyar esta conclusión en los siguientes hechos:

a) Que con el mismo número y en la misma fecha se expidió otra Resolución (véase fs. 325) comisionando a otras personas para trasladarse a Tunja a verificar una inspección al Edificio Nacional y para otros menesteres;

b) Que en lo relativo a las empleadas del aseo, por Resolución 0498, de la misma fecha, se declaran insubsistentes los nombramientos de dos aseadoras del Palacio de Justicia de Ibagué, lo que hacía innecesario verificar su conducta, pues ya había sido juzgada;

c) Que dicha Resolución no llegó a la Auditoría sino en el mes de julio, y

d) Que en ella no se fijaron viáticos.

Pretenden refrendar el cargo los siguientes elementos probatorios:

Primero.—A folio 179 del cuaderno 5º declara Beatriz Restrepo Martínez, así:

"La Resolución mediante la cual se envió en comisión al señor ARMANDO RESTREPO a la ciudad de Ibagué para que estudiara el problema de las aseadoras es falsa, puesto que esa comisión ya había sido efectuada por el doctor JORGE ESCOBAR BARON. Me consta que el señor RESTREPO se fue únicamente de paseo a pasar las fiestas de San Pedro en Ibagué, en compañía del señor OSCAR TEJADA, y al regreso de Ibagué a Bogotá, ya no venía el señor OSCAR TEJADA sino el señor ARMANDO RESTREPO, en la parte trasera del carro, carro que iba manejado por el señor CARCIA (El gordo García), y debido al exceso de velocidad fue ocasionado el accidente en que perdió la vida el chofer del Departamento. No recuerdo las fechas en que eso ocurrió. Digo que la Resolución es falsa, porque esa Resolución la acomodaron, ahí la hicieron por orden del Jefe del Departamento y Jefe de Administrativa, Resolución que fue elaborada en la Oficina Administrativa y la hizo la señorita GILMA TARUD, Secretaria de dicha oficina".

"....."

"A mí me botaron del Departamento Administrativo de Servicios Generales a partir del veintinueve (29) de mayo pasado, no sé si por represalias a la Oficina Jurídica, como muy bien se notó cuando enviaron varios empleados a que hicieran un inventario que no había por qué hacerlo".

"....."

"PREGUNTADA.—Sírvase decir de qué manera llegó a su conocimiento que la Resolución por la cual se impartió una comisión al señor ARMANDO RESTREPO a la ciudad de Ibagué es falsa. Cómo supo que ARMANDO RESTREPO viajó a Ibagué en compañía de OSCAR TEJADA, únicamente con el objeto de viajar. Sírvase explicar en qué consiste la falsedad de la Resolución, esto es si es apócrifa, si es antedatada o posdatada; si las firmas que en ella aparecen son de personas distintas a las que la firman, si el número de la Resolución fue adulterado y si la Resolución se produjo dentro del Departamento o fuera de él y quién la produjo? CONTESTO: (En este estado el señor Visitador-Instructor, le pone de presente a la declarante la fotocopia que obra al folio 30 del cuaderno de fotocopias y que es la número 0502). La declarante examina la fotocopia que se le pone de presente y luego dice: "He dicho que la Resolución por la cual se impartió una comisión a Ibagué al señor ARMANDO RESTREPO, es falsa, porque esa comisión la cumplió el doctor JORGE ESCOBAR BARON, y para lo cual le dictaron Resolución. Por los comentarios que se hicieron en el Departamento supe que OSCAR TEJADA había viajado con ARMANDO RESTREPO, a Ibagué para las fiestas del San Pedro. La Resolución la hicieron después de que ellos llegaron, después del muerto, después del accidente ese. Yo me enteré y se enteró todo el Departamento; las firmas sí son del doctor ZABARAIN y del doctor CONSTANTE, pues aquí en la fotocopia que se me ha puesto de presente no están muy claras las firmas, pero ellos dos son los que firman las Resoluciones del Departamento. Esa Resolución la hicieron en Administrativa, no recuerdo quién la dictó pero la escribió la señorita GILMA TARUD, Secretaria de la División Administrativa.—En este estado se presenta en la oficina de la Visitaduría, lugar donde se recibe esta declaración, el doctor RODRIGO ALMANZA, apoderado del sindicado, quien manifiesta su deseo de intervenir.—PREGUNTA EL SEÑOR VISITADOR A LA TESTIGO: Sírvase decir, cómo sabe usted que la comisión en Ibagué la cumplió el doctor JORGE ESCOBAR BARON. Dirá también si la

Resolución por la cual se impartió la comisión a ese doctor fue anterior o posterior a la que se le ha puesto de presente, lo mismo que indicará qué persona hizo la Resolución del doctor ESCOBAR BARON y cómo llegaron estos hechos a su conocimiento? CONTESTO: Pues supe que la comisión a Ibagué la llevó a cabo el doctor JORGE ESCOBAR BARON, porque eso se decía ahí en el Departamento; el doctor ESCOBAR BARON es el Jefe de la Sección de Mantenimiento. La Resolución por la cuál se impartió la comisión a ESCOBAR BARON, fue anterior, a la que se me ha puesto de presente en fotocopia; la Resolución al doctor ESCOBAR BARON, se hizo en la Oficina Administrativa, como la mayoría de las Resoluciones que se hacen en el Departamento, no sé qué secretaria escribió tal Resolución. Todos estos hechos llegaron a mi conocimiento porque en el Departamento se comentaba, eso se formaban corrillos a hablar de eso por parte de la mayoría del personal y se hacían comentarios. APROBADA.—PREGUNTADA.—Le ruego que me aclare en definitiva si a usted le consta de manera personal y directa o por haberlo oído a quién o a quiénes, que la Resolución por la cual se impartió la comisión a Ibagué al señor ARMANDO RESTREPO, fue elaborada días después de haberse cumplido la comisión, como usted lo dijo en su respuesta anterior, o si usted se basa en algún comentario que no puede determinar a quién lo oyó, sobre este aspecto? CONTESTO: Basta con que miren el número y orden de Resoluciones que aparecen en la oficina de personal. Me consta que esa Resolución fue elaborada días después, por haberlo oído un día sábado, en corrillos que se hicieron a raíz de la muerte del señor GARCIA. No recuerdo quiénes comentaron eso, porque ya después de un año, ya es difícil. Yo me acuerdo es por el muerto, que eso fue una sensación allá. APROBADA.—PREGUNTADO.—En definitiva, le consta a usted que la Resolución se produjo con posterioridad al accidente o considera usted que les consta a los de los corrillos a quienes usted oyó. Dirá también si esas Resoluciones, como la que se le ha puesto de presente tienen algún control o visto bueno o registro en la oficina en la cual usted trabajaba? CONTESTO: Sí me consta. También les consta a los de los corrillos o al Departamento en general porque eso fue sensación. Esas Resoluciones no tienen ningún control ni V. B., de Jurídica. El control lo llevan en la oficina de personal. APROBADA.—PREGUNTADA.—Diga usted si vio hacer esa Resolución, o si usted la hizo con posterioridad al accidente? CONTESTO: Sí la ví, pero no hacer, me di cuenta de ella, porque la señora esposa del muerto que se llama ELVIRA DE GARCIA, y que trabaja en un Juzgado, no sé cuál, pero prometo conseguir el teléfono, fue a la Oficina Jurídica con una copia de la Resolución a consultarle al doctor JIMENEZ, cómo hacia ella para reclamar el seguro de vida, resolución que creo que fue hecha por la señorita GILMA CARUT (sic) y enumerada por la señora LILIA DE ACOSTA, secretaria de la oficina de personal. APROBADA.—PREGUNTADA.—Cuando usted vio la Resolución en el momento en que acaba de anotar en su respuesta ya estaba firmada y numerada o nó? CONTESTO: Si. Ya estaba firmada y numerada. PREGUNTADA.—Explíqueme entonces, cómo le consta a usted que esa Resolución fue elaborada con posterioridad al accidente en que perdió la vida el señor GARCIA, cuando según lo dicho, no la vio hacer ni la hizo usted, ni tiene control previo alguno en la Oficina de Jurídica? CONTESTO: Como ya lo dije, la leí y la vi porque la vi en manos de la señora de GARCIA. A mí me consta por lo que dijeron en el Departamento, porque yo no voy a meterme a otras oficinas a ver lo que están haciendo. APROBADA.—PREGUNTADA.—Puede usted citar alguna o algunas personas a las que sí les conste por haberlo visto, que esa Resolución se produjera después de la muerte de GARCIA? CONTESTO: Si sé. Ya lo dije que la señorita GILMA TARUD elaboró la Resolución y la señora LILIA NARVAEZ DE ACOSTA, la enumeró. PREGUNTADA.—Cómo sabe usted si no vio hacerla ni numerarla que ellas dos, incurrieron en un delito de falsedad al hacer y numerar una Resolución falsa? CONTESTO: Lo supe por lo que contaban también en el Departamento y además ellas hicieron eso fue por órdenes superiores. APROBADA.—PREGUNTADA.—Diga usted si las órdenes que a ellas se les dieron fueron escritas o verbales, si esas órdenes se las dieron en presencia suya y si usted sabe por haberlo visto, que ellas elaboraran ese trabajo después de la muerte de GARCIA. Dirá también qué persona o personas: 'contaban también en el Departamento' esto que usted afirma? CONTESTO: No sé si las órdenes que a ellas les dieron fueron escritas o verbales. La Resolución de la comisión fue dictada creo que por el doctor JOSE CONSTANTE BOLAÑOS, las órdenes no las dieron en presencia mía porque yo estaba en mi oficina; yo no ví elaborar ese trabajo; no recuerdo qué personas

comentaban esto en el Departamento. APROBADA.—PREGUNTADA.—Cómo se explica usted que doña LILIA NARVAEZ DE ACOSTA en declaración rendida en estas sumarias con ocasión de una diligencia de inspección ocular haya declarado bajo la gravedad del juramento que, la Resolución se produjo con anterioridad al viaje del señor RESTREPO a la ciudad de Ibagué y que ella la numeró también antes del viaje del mencionado señor? CONTESTO: Mire, en comentarios que oí decir, la señora LILIA NARVAEZ DE ACOSTA estaba muy aterrada por haber tenido que numerar la Resolución alterando el número y con ella me puedo someter a careo, desde luego que ella se tiene que sujetar a las órdenes de los Jefes.—APROBADA.—PREGUNTADA.—Qué persona le dijo a usted que la señora de ACOSTA estaba aterrada por el delito en que había incurrido, delante de quién o quiénes, y en dónde? CONTESTO: No recuerdo el nombre de la persona. Es que eso fue allá en el mismo Departamento, es que eso hace más de un año. Yo no creí que eso fuera a ser investigado.—PREGUNTADA.—Esa persona era hombre o mujer? CONTESTO: Mujer.—PREGUNTADA.—En qué dependencia del Departamento trabaja la mujer que le hizo esa confidencia? CONTESTO: No recuerdo tampoco. Eso todo el mundo lo sabe allá eso lo sabe el personal en general. PREGUNTADA.—Cómo sabe Ud. que de ese hecho tiene conocimiento todo el personal de allá? CONTESTO: Porque todos lo comentan. PREGUNTADA.—Sírvase cifarme puesto que son todos, quienes hacen ese comentario, cinco personas a quienes Ud. lo haya oído. CONTESTO: INES ROJAS VELEZ, secretaria del auditor. No me acuerdo de más. PREGUNTADO.—Qué oyó Ud. en concreto a esa señora ROJAS VELEZ? CONTESTO: No, que la Resolución fue hecha después del accidente. No más. Es que francamente eso hace un año y yo vine aquí porque me llegó allá esa boleta. Yo no quería venir francamente.—PREGUNTADA.—Conoció usted la Resolución por la cual se impartió esa comisión al Dr. ESCOBAR BARON.—CONTESTO: No Dr. también comentarios. PREGUNTADA.—Si Ud. no la vio diga quién le comentó que esa resolución existía. CONTESTO: No recuerdo Dr. PREGUNTADA: Cómo supo Ud. que TEJADA VIAJARA con RESTREPO a Ibagué. CONTESTO: Porque lo contaron en corrillos, y el señor TEJADA, se escapó del accidente porque se bajó creo en el Espinal a hacerse peluquiar, (sic). PREGUNTADA.—Viajaba Ud. en el carro o estuba en el Espinal o cómo supo de ese escape (sic) de TEJADA que Ud. afirma de manera categórica. CONTESTO: También por cuentos, comentarios del mismo señor TEJABA que les contaba a las amigas de él y ellas me contaron. PREGUNTADA.—Cuáles son las amigas de TEJADA que le hicieron a Ud. ese comentario? CONTESTO: No recuerdo".

Bastaría destacar lo siguiente para no dar crédito a esta declaración: Que la "botaron" del Departamento; que esa comisión la cumplió el doctor Jorge Escobar Barón, lo que —se verá— es erróneo; que "todos esos hechos llegaron a mi conocimiento porque en el Departamento se comentaba"; que no recuerda quiénes comentaban; que no quería venir a declarar; que lo que supo "también por cuentos, por comentarios; que no recuerdo cuáles fueron las amigas de Tejada que le hicieron comentarios".

Pero el rechazo a admitir esa testigo como algo que nos acerque a la verdad debe subir de punto si se lee su declaración de fs. 259 del cuaderno 5º y el careo de fs. 74 y s.s. del 6º.

En la primera dice que el doctor Escobar hizo el viaje a Ibagué "con carácter personal" y ya había dicho, a folios 179 vto., que para ello "le dictaron la Resolución", cuando es lo cierto que ésta (fls. 325 cuad. 2º) fue dictada para una visita a Tunja.

Y en el careo dice: que aclara el error relativo al viaje del doctor Escobar, error que enfáticamente había ratificado a fs. 260 vto. del cuaderno 5º; pero se ratifica en una seguridad adquirida por "cuentos y comentarios".

Segundo.—Gustavo Macías Rodríguez (fs. 144 del cuaderno 1º) dice:

"Sobre el accidente en cuestión, le puedo decir lo siguiente: Con motivo del puente de San Pedro de este año, las personas nos desplazamos hacia diferentes lugares del país; yo viajé al Municipio de Piedecuesta, Santander, a visitar mi familia; regresé el martes treinta de junio en las horas de la mañana y cuando llegué al Departamento a trabajar, todo el personal hacía comentarios sobre el infortunado accidente. Unas personas, se dolían por la muerte del conductor García que era chofer del Departamento y otras, se preguntaban que qué le había sucedido al señor ARMANDO RESTREPO. En las horas de la tarde se nos dijo que se encontraba recluído en la clínica de la Caja Nacional de Previsión Social; otras personas, decían que cómo iban a tapar lo del accidente. Posteriormente vi llegar

a la Auditoría, una resolución en la cual comisionaban al señor Restrepo para que fuera a Ibagué, esa resolución era de fecha junio y en el momento en que llegó ya estábamos en julio. El motivo de la comisión era un problema de aseadoras en Ibagué. El dieciocho de septiembre del presente año, el señor ARMANDO ZABARAIN, en el Despacho del auditor fiscal, en forma que yo considero irrespetuosa para mí, me dijo que yo era un elemento chismoso, a lo cual el auditor me defendió del cargo y yo le dije que me probara. Traigo a cuento esto, por cuanto en dicha reunión el señor ZABARAIN, dijo más o menos lo siguiente: Es que hemos estado demalas con los vehículos y yo no puedo dejar a un amigo metido. Esto, para relacionar el accidente. En cuanto a la resolución, posteriormente cuando la comisión investigadora de la Cámara llegó y miró el legajo de Resoluciones, constatamos que su número estaba repetido. Quiero dejar aclarado que el día que el señor RESTREPO estaba en la clínica, fui a verlo en compañía del auditor fiscal. PREGUNTADO: Usted recuerda con motivo de qué se había dictado por el Departamento de Servicios Generales, la resolución primitiva y que luego se utilizó el mismo número para justificar la comisión a ARMANDO RESTREPO a Ibagué? CONTESTO: La primera resolución me parece que se trataba de una comisión a la ciudad de Tunja, de unos empleados del Departamento. Las resoluciones en el Departamento Administrativo son muchas".

Comenta el señor Procurador:

"El señor Gustavo Macías Rodríguez, admite haber tenido desavenencias con Armando Zabaraín, porque éste lo acusó de "chismoso", no estar en Bogotá el día del accidente y haber oído comentarios con posterioridad al mismo, y de su afirmación solamente puede aceptársе que la resolución 0252 del 25 de junio de 1964, llegó a la auditoría en los primeros días del mes de julio".

Esta última aseveración la respalda el dicho de la señorita Inés Rojas Vélez, empleada de la auditoría fs. 28 del cuaderno 6º).

Y en cuanto a los hechos atrás enunciados, se tiene:

a) Hay dos resoluciones de la misma fecha y con el mismo número, una de ellas, la que comisiona al doctor Escobar para un viaje a Tunja, con la palabra "BIS".

Explica la empleada encargada de esa labor que la máquina numeradora se trabó y que por ello hubo de ponerse "bis" a la segunda resolución del mismo número (fs. 319 del cuaderno 2º); que tanto las dos resoluciones 0252 como las 501, 501 bis, 503 y 503 bis las fechó y numeró ella; que la relativa a Armando Restrepo la numeró el día 25, en las horas de la mañana, cuando la señorita de la oficina administrativa se la pasó, la numeró, la fechó y la devolvió.

Obran resoluciones así repetidas que traen, en el expediente, la confirmación de parte de lo dicho por Lilia Narváez de Acosta, y obra también una inspección ocular, que reza:

"se solicita de la señora BEATRIZ DE ACOSTA poner a disposición del personal de la diligencia, el archivador de originales de resoluciones correspondientes al pasado año y es así como en un tomo empastado de Resoluciones números 165 a 503. En la Resolución número quinientos dos (502) de fecha veinticinco (25) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) por la cual se comisionó al señor ARMANDO RESTREPO para que se trasladara al municipio de Ibagué. De esta Resolución entrega copia auténtica la señora BEATRIZ DE ACOSTA, Secretaria del Jefe del Departamento, en dos fjs. útls. y se trata de copia al carbón de la Resolución original.—Esta copia se agrega a esta diligencia.—A continuación se encuentra la Resolución Nº 502 —Bis—, en el mismo tomo, por la cual se confiere una comisión al doctor JORGE E. ESCOBAR.—Tal Resolución como la anterior va firmada por los doctores ARMANDO ZABARAIN y JOSE CONSTANTE BOLAÑOS.—En el mismo tomo se encuentra que existe Resolución 501 de la misma fecha, por la cual se reconoce y ordena el pago de una suma de pesos al señor PEDRO NICANOR SIERRA y la Resolución Nº 0501 —Bis—, por la cual se aclara la N. 460 de junio 18. También se encuentra para finalizar el tomo anotado, la Resolución Nº 503 de junio 25, por la cual se reconoce y ordena un pago, firmada también por los doctores ZABARAIN y CONSTANTE.—El tomo siguiente de Resoluciones también debidamente empastado, se inicia y así aparece estampado en el lomo del libro correspondiente con la Resolución número 503 —Bis— por la cual se modifica la Resolución Nº 468 de junio".

"..."

En cuanto a su aseveración, relativa a la fecha de la Resolución —cuestión de fondo en este cargo—, obran estos elementos:

A fs. 317 a 318 del cuaderno 1º, siguiendo a la inspección aludida, el doctor José Constante Bolaños afirma que esas dos resoluciones numeradas 502 y 502 Bis, *de junio 25 de 1964*, tuvieron origen en la División Administrativa a su cargo y "fui yo quien ordenó la elaboración de las mismas", y agrega:

"La mecánica que se sigue en la División Administrativa a mi cargo, para producir una Resolución se deriva necesariamente de una necesidad que tenga relación con el funcionamiento del Departamento. Una vez producida la Resolución en la División Administrativa, la que siempre dicto y toma a lápiz mi secretaria, señorita GILMA TARUD, esta secretaria la elabora ya en su forma definitiva, una vez elaborada se remite sin fecha y sin número a la Jefatura del Departamento, para que la firme el Jefe de éste. Una vez cumplido este trámite inicial, regresa a la División Administrativa para la firma mía. Con posterioridad a esto, son remitidas a la Jefatura de Personal del Departamento para que allí se les anote la fecha y la numeración correspondiente, conforme lo expliqué en una pregunta anterior. Esa es la mecánica habitual en la elaboración de las Resoluciones que tienen origen en la División a mi cargo.—Generalmente no se acostumbra a pasar comunicación especial a las personas comisionadas, y en ocasiones ni siquiera copia de la providencia dictada. Como el personal está dentro del mismo edificio, se le notifica verbalmente y se le ordena el cumplimiento de la comisión".

Gilma Tarud Camargo, a fs. 198 del cuaderno 5º, sostiene que ella fue quien elaboró esa Resolución el 25 de junio antes de viajar Restrepo y que las iniciales son suyas.

No existe, pues, razón alguna para estimar como prueba de falsedad de la Resolución 0502 de 25 de junio, la existencia de otra con el mismo número y el agregado bis.

b).—Que por resolución de esa misma fecha se declaran insubsistentes los nombramientos de dos empleadas del aseo del Palacio de Justicia de Ibagué, es cierto. Pero la comisión conferida a Restrepo tenía otros objetos (véase considerandos 2º y 3º) y en cuanto a las aseadoras, ya destituidas, conviene tener en cuenta lo que dice el indiciado a fs. 327 del cuaderno 1º:

"PREGUNTADO.—Uno de los aspectos contemplados en la Resolución por la que se comisionó a RESTREPO para viajar a Ibagué es el relacionado con continuas quejas recibidas contra el personal de aseadoras del edificio nacional de Ibagué. Sin embargo, y de acuerdo a constancias procesales, existe una Resolución, la número 0498, en la cual se declaran insubsistentes dos aseadoras del palacio de justicia de Ibagué. Le ruego aclarar primero, cómo es que el señor RESTREPO, Jefe de compras iba a solucionar problemas de inmuebles; segundo, cómo es que iba a arreglar un problema de aseadoras que habían sido destituidas el veinticinco (25) de junio y tercero, si el palacio de justicia y el edificio nacional, son el mismo local? CONTESTO: El señor ARMANDO RESTREPO había ejercido hasta poco tiempo antes la Jefatura de contratos de la División de Inmuebles y había resuelto numerosos problemas de esa dependencia. No existiendo en ese momento disponible un funcionario adecuado, pues el señor JORGE ESCOBAR, jefe de mantenimiento se había designado para trasladarse a Tunja, en esa misma fecha. Se pensó que el señor RESTREPO era el más indicado para cumplir la comisión. Casualmente porque habían sido destituídas las aseadoras el veinticinco (25) de junio. En virtud de memorando del once (11) de junio del doctor ARMANDO GOMEZ LATORRE, solicitando la destitución de dos aseadoras, la Jefatura de personal procedió previa consulta conmigo a destituírlas y reemplazarlas. Esta Resolución tuvo su origen en la Sección de personal, lo que se puede comprobar porque lleva la firma de su Jefe doctor JAIME SOLANO VARGAS. Inmediatamente después de conocida la directiva del Sindicato de trabajadores de Edificios Nacionales, elevó su protesta y fue así como se dictó la Resolución comisionando al señor ARMANDO RESTREPO para que entre otras labores investigara la situación. Fueron tales las protestas del sindicato y las pruebas presentadas por las aseadoras que el Departamento resolvió restituirlas por Resolución número 583 de 1964 (sic). Según los informes que yo tengo entre ellos uno firmado por el Inspector de Edificios Nacionales, se trata de dos edificios completamente distintos. En oficio de abril veinte (20) el Inspector solicita una partida de QUINCE MIL CINCUENTA ($ 15.050.00) para la pintura y varios arreglos en el Palacio de Justicia y otra de DOCE MIL QUINIENTOS PESOS ($ 12.500.00) para el arreglo y la pintura del Edificio Nacional, donde funcionan la Administración de Hacienda, la Auditoría Fiscal, los correos y otras oficinas públicas.—Entrego al señor Juez copia del memorando del Dr. GOMEZ LATORRE a que me he referido y efecti-

vamente hace entrega de él en un foja útil, que se agrega a esta diligencia".

Obran en el expediente el aludido memorando (fs. 332, id.) y el informe sobre las necesidades del Palacio de Justicia de Ibagué (fs. 330, id.).

e).—No parece argumento serio el de la demora en llegar la Resolución a la Auditoría. Para refrendar esta afirmación, que ya está respaldada en el conocimiento del complejo procedimiento, hasta lo dicho por el Auditor Fiscal del Departamento, quien a fs. 160 del cuaderno 1º manifiesta:

"En cuanto a la Resolución o Resoluciones que se dictaron para comisionar al señor RESTREPO a Ibagué, honradamente no estoy en condiciones de decir en qué momento tuvieron realidad, pues estas providencias las dicta el Departamento y a la Auditoría pueden llegar o no llegar en el mismo día, porque las distribuye una oficina que se llama de Correspondencia y la copia que va a la Auditoría se archiva para ser consultada solamente en los momentos en que esa providencia tiene algún interés fiscal; caso concreto, la Resolución de comisión que debió llegar a la Auditoría, no se en qué momento, pero si daba lugar a viáticos esta Resolución debió ser consultada por el empleado que revisó, es decir, que examinó la cuenta, en la Auditoría, el secretario en una segunda revisión y por mi persona, al refrendar el cheque; esto en el hipotético caso de que en la comisión fuera con viáticos. . .".

d).—La falta de fijación de viáticos en dicha Resolución nada comprueba, porque como lo dice el doctor José Constante Bolaños a fs. 155 y ss. del cuaderno 6º, en muchas ocasiones esto no se hace y porque no se adivina la relación que esta omisión puede tener con la falsedad, en cuanto a la fecha, de la comentada resolución, de la misma manera que si la mutación de la verdad estuviese probada por otros medios, la inclusión de los viáticos, si se hubiera hecho, no sería un contraindicio.

Habrá, pues, de sobreseerse definitivamente por este cargo. No será amparado el sindicado por un sobreseimiento temporal como lo pide el Ministerio Público, por las siguientes razones:

La autora material de la Resolución, en sus diversas atestaciones, ha insistido en que ella hizo la resolución en la fecha que en ella aparece; las explicaciones de la empleada encargada de la numeración, no sólo las ha repetido sino que aparecen en casos anteriores y posteriores; la inspección ocular ha sido realizada ya y es innecesario repetirla como lo pide el señor Procurador y no se ve qué resultado aclaratorio puede tener la averiguación sobre la protesta del Sindicato. Practicar las nuevas probanzas que solicita el Ministerio Público resultaría un inútil esfuerzo ante las ya inmodificables realidades procesales que acaban de analizarse.

CUARTO CARGO

Sobre éste se expresa así el Ministerio Público:

"Los cargos a que se contrae este hecho son dos:

"Primero: Que el automóvil Buik, modelo 1962, ocupado por el señor Jefe de la División Administrativa del Departamento, señor José Constante Bolaños y manejado por el conductor señor Belisario Echeverría se accidentó el 11 de enero de 1964, sufriendo graves daños y

"*Segundo.*—Que dicho automóvil no se hallaba inventariado, no explicándose por qué se le destinó al señor José Constante Bolaños.

"*En cuanto a lo primero, ninguna culpa, ni remota siquiera, puede atribuirse a don Armando Zubarain, Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales, en primer lugar, y, en segundo está demostrado que en la producción del accidente, la culpa fue del otro conductor y nó del conductor del automóvil.*

"*El señor Armando Zubarain, acorde con José Constante Bolaños, respecto del segundo cargo, afirma que dicho automóvil se encontraba en el Departamento desde la Jefatura del Departamento, Dr. Jorge Cárdenas Gutiérrez,* (sic) y que éste lo había asignado al Jefe de la División Administrativa, sin que su omisión en los inventarios constituya cosa distinta de una falla administrativa, nunca de carácter penal".

La Corte acoge este concepto, máxime cuando ambos hechos no constituyen, ni por asomo, ilícitos penales: el primero sería un accidente que, de haber causado daños de manera culposa, debería atribuirse al sujeto directamente productor de ellos, y el segundo comporta una omisión, ocurrido desde antes de hacerse cargo el sindicado, de ese Departamento Administrativo, y que no se remedió, es cierto, bajo la Jefatura del señor Zabaraín, habiendo continuado el mencio-

nado automotor al servicio del Jefe de la Sección a quien la anterior jefatura lo había asignado, con justa causa sin duda. *Actuación que no puede encasillarse en ninguna de las disposiciones del Código de las Penas.*

QUINTO CARGO

Así se pronuncian los denunciantes:

"Dentro de las facultades que al Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES confiere el Decreto 1718 de 1960, por el cual se creó esa dependencia, figura la consignada en el artículo 75 que dice textualmente:

"'Artículo 75. El Jefe del Departamento podrá rematar en subasta, ceder a entidades de asistencia social o destruir según el caso, aquellos bienes que figuren en los inventarios de las unidades que pasan a integrar el Departamento, que no sean utilizables o que se encuentren inservibles o deteriorados y no puedan ser reparados. Tales remates, cesiones o destrucción de elementos, se efectuarán de acuerdo con la reglamentación fiscal existente'...

"Es obvio que la cesión a entidades de asistencia social, o la destrucción de bienes que figuran en el inventario del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES solo es posible, de acuerdo con el claro texto de la norma transcrita, cuando esos bienes se encuentren *inservibles o deteriorados y no puedan ser reparados.*

"Y ocurre que el Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín, durante los años de 1963 y 1964 ha donado o cedido 18 vehículos a diversas entidades o personas.

"No está en discusión, sobra advertirlo, la altísima prestancia de las entidades o personas favorecidas con esas donaciones. Lo que se controvierte es la alegre liberalidad del señor Armando Zabaraín con los bienes de una Nación que atraviesa dura crisis fiscal y que, por lo mismo, exige a los funcionarios públicos máxima austeridad en el manejo de sus propiedades".

Y después de transcribir una carta del Jefe de Auditorías de la Contraloría General de la República en la cual este funcionario se opone a la cesión, a título gratuito, al Colegio Oriental del Atlántico, de una camioneta avaluada en la suma de $ 7.594.71, agregan:

"*Irrespeto al Congreso.*—El Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín, dando muestra fehaciente de su irresponsabilidad, se atrevió a consignar en su 'Informe al Congreso Nacional de 1964', página 31, lo siguiente:

"'El personal muy reducido de la Sección de Inventarios; la negligencia de los funcionarios que intervienen en la tradición del dominio de los bienes que adquiere el Estado en el envío de las respectivas titulaciones; la deficiencia de datos y avalúos catastrales y *la no disponibilidad de un vehículo que facilite la inspección permanente de las propiedades ubicadas en el Distrito Especial*, son circunstancias que no han permitido llevar con exactitud el inventario de los bienes inmuebles de propiedad de la Nación, conocer su localización y características, su valor actual, complementar sus titulaciones, levantar el plano o croquis correspondiente y establecer con claridad los derechos de dominio sobre tales bienes'.

"La irritante afirmación de que la Sección de Inventarios del Departamento no ha dispuesto de un vehículo que facilite la inspección permanente de las propiedades nacionales ubicadas en el D. E., constituye un franco irrespeto al Congreso frente a los hechos antes denunciados y que se resumen así:

"a) Facilidad con que altos funcionarios del Departamento haciendo uso indebido de los vehículos oficiales los deterioran en accidentes;

"b) Largueza con que el señor Armando Zabaraín dona vehículos, de los cuales uno, o algunos o todos podían ser reparados para darlos al servicio oficial. Es obvio que los donatarios los reciben para repararlos y ponerlos en funcionamiento".

De fs. 361 a 378 cursan las Actas de Donación de 18 vehículos, realizada del nueve (9) de abril de 1963 al 5 de febrero de 1964.

En todas esas Actas consta, bajo la firma del Almacenista General del Departamento Administrativo de Servicios Generales, del donatario, del Delegado de la Auditoría, del Jefe de la División de Suministros y del Auditor Fiscal, que dicha "Acta se elabora con base en: Autorización de la Jefatura del Departamento: Certificación del señor Jefe de la División y autorización de la Auditoría Fiscal distinguido con el número (aquí el respectivo) que se adjuntan...".

Esas resoluciones se refieren todas a "vehícu-

los inservibles" o "vehículos declarados fuera de servicio".

Tales cesiones fueron hechas a entidades de las comprendidas en la Resolución orgánica número 4 de 1960, emanada de la Contraloría General de la República, que reglamenta las bajas por cesión de bienes a título gratuito.

Pero de todas estas donaciones, inicialmente sólo fue objetada una: la de una camioneta marca "Willys", modelo 1954, avaluada en la suma de $ 7.594.71.

Esta oposición se basa en la difícil situación fiscal del país, pero en ningún caso en la ausencia de requisitos de algún orden para llevar a cabo la donación fs. 21 C. 1º).

El Auditor Mario Aníbal Hernández (fs. 163, id.) informa igual cosa, aclarando que por su intervención el señor Jefe de Auditores negó la autorización solicitada. Pero que el señor Zabaraín formuló reconsideración de tal negativa adjuntando una certificación del Ministerio de Educación Nacional de acuerdo con la cual el Colegio Oriental del Atlántico era una entidad oficial, por cuya razón la donación de la camioneta cumpliría una clara función social, razón que sirvió para el otorgamiento de la licencia requerida (fs. 51 cuaderno de fotocopias).

Así resulta claro que no hubo ninguna irregularidad en las donaciones referidas ni aún en la que hizo a una entidad educativa de su departamento.

"*En cuanto al cargo de irrespeto al Congreso Nacional* —añade el Procurador Delegado en su concepto—, *éste no está erigido en delito*".

La escasez de vehículos para el servicio nacional no es, finalmente, argumento que indique que la donación de los inservibles, con autorización legal y previos los trámites del caso, constituya un hecho indebido aunque pueda considerarse como un error administrativo por quienes piensen que es mejor repararlos, para su uso, por cuenta de la Nación, que cederlos gratuitamente a "instituciones de asistencia social, de Educación, de Reclusión o similares" (véase Resolución número 4 de 1960, al folio 360, id).

Por estos hechos se sobreseerá, también definitivamente, en favor del indiciado, señor Armando Zabaraín.

SEXTO CARGO

Lo concibieron así los parlamentarios denunciantes:

"En la División de Suministros del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES se presentaron el año pasado irregularidades como éstas:

"a) Falta de seguridad en las urnas que el Departamento utiliza para depositar las ofertas de los comerciantes, las que deben mantenerse en absoluto secreto hasta cuando, abierta la urna, se estudien, cotejen y resuelvan por la Junta de Licitaciones. Esa falta de seguridad le fue denunciada al Auditor por un comerciante, y ante el reclamo del Auditor surgió la polémica más inverosímil, con estos desarrollos sobresalientes:

"Se sugirió que la verificación del Auditor sobre la urna había podido ser la causa de su deterioro; se le increpó no pasar su reclamo por escrito; no se procedió de inmediato al arreglo de la urna y llegó a alegarse para la demora en la reparación, que significaba un mínimo de desembolso, la falta de presupuesto para el arreglo de urnas;

"b) Adopción de procedimiento arbitrario para anular un contrato suscrito legalmente para la adquisición de bienes muebles con destino al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, lo que determinó la intervención del Auditor a objeto de exigir que en los contratos en los que el contratista no haya cumplido sus obligaciones se haga la correspondiente declaratoria de caducidad, con la respectiva imposición de las sanciones pecuniarias.

"*Pruebas.*—Se acompañan fotocopias de dos Actas de la Junta de Licitaciones en las que se recogen estas dos irregularidades".

A fs. del cuaderno de Fotocopias se lee un oficio del Auditor Fiscal del Departamento Administrativo de Negocios Generales en que este empleado solicita al Jefe de la División de Suministros aplazar "las licitaciones que vencen el 21 (de enero de 1963) ya que el comercio y esta oficina están enterados como se lo manifesté personalmente al doctor Delvasto, de la falta de seguridad de las urnas que el Departamento utiliza para recibir las ofertas del público...".

A fs. del mismo cuaderno el mismo funcionario afirma: "... pude constatar que las urnas que utiliza el Departamento para las licitaciones, no prestan la seguridad del caso... pues la lengüeta de la urna del centro... se veía que había sido doblada antes y por este motivo... introduje una mano para ver si cabía o no para poder sacar las cotizaciones y es un hecho cierto que cualquiera puede verificar".

Y agrega: "Como hasta el día 21 no se habían mandado a arreglar con las seguridades del caso dichas urnas, me vi en la necesidad de solicitar por escrito en mi oficio número 25 que se aplazara esa licitación. . .".

Y también: "Pero ocurre que no se tuvo en cuenta la solicitud y hasta esta hora cinco (5) de la tarde no se han arreglado las urnas ni se han aplazado las licitaciones que se vencían el día 21, porque dizque no hay presupuesto para el arreglo de dichas urnas. . ." (Esto, el 22 de enero de 1963).

Pero ocurre:

a) Que el señor Zabaraín, ahí mismo, propone aplazar las licitaciones. . . "Naturalmente mandando a arreglar las urnas lo más pronto posible, para que tengan seguridad. . , que de todas maneras hay que darle seguridad al comercio".

b) Que el propio empleado a quien pertenecen las primitivas aseveraciones, a fs. 55 del 3º cuaderno expresa:

"Diga usted doctor todo lo que sepa y le conste en relación con una real o presunta violación de un arca o urna destinada a la recolección de los pliegos o boletines de cotización para efectos de una licitación a realizarse en esos días. Indicará también si de ellos resultó algún responsable, si se hizo investigación administrativa y en general todo lo que pueda ser de interés para efectos de esta investigación. CONTESTO: "Allí se hacían permanentemente licitaciones para la adquisición de bienes para las distintas dependencias del Gobierno que es la función principal, entre otras del Departamento Administrativo y efectivamente se efectuaba una licitación para esa época en la cual yo tenía que intervenir como Auditor que era en el proceso de esas adquisiciones. Un día o sea al día siguiente de cerrada esa licitación llegué hasta las urnas y encontré que una de ellas, a mi parecer, podía haber sido forzada en la parte que se llama 'LA RANURA', ya que la ranura de esta urna era sumamente ancha. Inmediatamente yo puse esto en conocimiento del Jefe del Departamento Administrativo doctor Armando Zabaraín, quien se mostró muy preocupado por el hecho, no obstante que él no intervenía en estas adquisiciones porque esto se hacía por intermedio de una junta compuesta por el Jefe de Adquisiciones, el Jefe de Compras, el Jefe del Departamento Administrativo, digo, el Jefe de la Sección Administrativa y el Auditor. Si mal no recuerdo el doctor Zabaraín inmediatamente se dedicó a hacer las averiguaciones del caso para establecer responsabilidades y hasta me dijo a mí que él tenía que salir del Jefe de Adquisiciones porque allí no permitía él que hubiera personas bajo su dependencia de quien se pudiera dudar un solo instante. También me informó que estaba haciendo diligencias ante el señor Presidente de la República para conseguir el cambio del Jefe de Adquisiciones doctor Delvasto, cuyo nombre no recuerdo ahora, ya que él el doctor Zabaraín, no intervenía en las adquisiciones que hacía el Departamento Administrativo, siendo que yo le solicité a él una vez como también lo hizo otro miembro de la junta en otra ocasión para que interviniera o nos ayudara a hacer algunas adjudicaciones y él se negó rotundamente diciendo que él no quería intervenir en ninguna adjudicación".

No se colige, pues, ninguna actuación del señor Zabaraín contra la seguridad de las urnas ni que los defectos observados obedecieran a actitudes delictuosas de otros empleados. Por parte del indiciado, la declaración copiada demuestra su diligencia una vez que fue noticiado del defecto de las urnas susodichas que se ignora por qué no conoció antes.

Esto en relación a la primera parte del cargo. Sobre la segunda, cabe prohijar lo siguiente, expresado en el concepto fiscal:

"*En cuanto a la cancelación de la adjudicación hecha a Tisas Orión mediante la Resolución número 949 de la Jefatura de Suministros, desempeñada por el señor Carlos Ardila, en realidad nada tiene que ver el señor JEFE DEL DEPARTAMENTO, ya que él ni siquiera forma parte de la junta de licitaciones* (art. 63 del Decreto-Ley 1718 de 1960).

"*En lo anterior está de acuerdo el señor doctor Luis Cadena Molina, quien es explícito en afirmar que don Armando Zabaraín no forma parte de tal junta, negándose a intervenir en toda clase de adjudicación.*

"*Por consiguiente en la declaratoria de caducidad del contrato referido, nada tiene que ver el señor Armando Zabaraín, ni se le puede responsabilizar por ello*".

". . . . . "

SEPTIMO CARGO

La acusación consiste en la negligencia de Armando Zabaraín para dictar la Resolución de caducidad por incumplimiento del contrato ce-

lebrado entre el Departamento de que era Jefe y el señor Antonio López Villa para la construcción de un muro de cerramiento del Parque Nacional con el barrio el Paraíso de esta ciudad.

Se considera:

Primero.—El hecho de retardar un acto propio de sus funciones constituye al funcionario o empleado público en prevaricador cuando ese retardo se realice por simpatía o animadversión hacia alguien. *Pero ni siquiera los denunciantes pretenden sugerir que la morosidad o "negligencia impresionante" del Jefe del Departamento de Servicios Generales haya tenido esa motivación.* Su denuncio —que en este caso asume características muy fuertes de crítica administrativa—, de aceptarse en todo su contenido, cabe como función de análisis parlamentario para demostrar al Gobierno la ineficiencia de uno de sus altos colaboradores, pero no conlleva, siquiera, la afirmación tácita de la comisión de un ilícito,

Segundo.—La caducidad del mencionado contrato fue declarada el 23 de noviembre de 1964 (fs. 380 y 381 del cuaderno 1º). Había sido perfeccionado desde el 28 de enero de 1963 y el contratista gozaba de noventa (90) días para realizar la obra objeto del convenio. No existe explicación de por qué, el 28 de diciembre de ese año, solicita una prórroga de sesenta (60) días para cumplirlo cuando ya su mora contaba cerca de ocho (8) meses y la caducidad debería estar decretada. Ni por qué la Junta de Licitaciones —a la cual, es cierto, no concurría el indiciado señor Zabaraín— demora la respuesta a la solicitud de prórroga hasta el veinte (20) de marzo de 1964. Consta, eso sí, que se pasó el caso al Jefe de la Oficina Jurídica; que el Auditor reclamó de esta demora el 4 de septiembre de 1964 en oficio que el Jefe del Departamento contestó y cuya copia envió a la Oficina Jurídica "para que se proceda en conformidad".

De donde se concluye que de esas demoras tanto es responsable el señor Zabaraín como la Junta de Licitaciones y la Oficina Jurídica, cuyo retraso en el trabajo está vivamente descrito a fs. 61 vto. y 147 del cuaderno 5º. Cabe decir, una demostración de fallas administrativas del sindicado pero no la prueba que justifique un llamamiento a juicio.

Se sobreseerá pues, por estos hechos y no se ordenará sacar copias —como lo solicita el Ministerio Público— para averiguar responsabilidades de otros empleados, porque no se advierte, ni siquiera en el denuncio (se repite), la imputación de un delito a esos funcionarios,

CARGO OCTAVO

La Corte acoge los párrafos siguientes de la vista fiscal:

"Se acusa a don Armando Zabaraín igualmente de negligencia al no reclamar para el DASC, elementos por la suma de $ 23.003, devueltos por la firma Pardo y Samper Ltda. de la obra por dicha firma realizada al adaptar un edificio del C. A. N., para la Televisora Nacional.

"Don Armando Zabaraín en su indagatoria del folio 384 del 1er. cuaderno, manifiesta que el contrato con la Firma Pardo y Samper Ltda., para adaptar un edificio del C. A. N. para la Televisora Nacional se celebró con su antecesor doctor Jorge Cárdenas Gutiérrez y que al pasar la Televisora al Ministerio de Comunicaciones el contrato continuó con este Ministerio, y que el Departamento a su cargo, *sí* ha hecho todas las diligencias para obtener tal devolución y al efecto adjunta notas enviadas al respecto, las cuales en copia obran a los folios 389 y sgts hasta el 405 in.

"*Con lo anterior se demuestra que no ha habido negligencia alguna, sino por el contrario actividad y diligencias suficientes*".

Pero agrega que en éste, como en el caso que acaba de analizarse, y aún en el supuesto de que existiera demora imputable al señor Armando Zabaraín como Jefe del Departamento tantas veces citado, ella no entrañaría la comisión, por su parte, de un delito, porque ni aparece demostrado, pero ni siquiera insinuado, el hecho de que ese retardo hubiese provenido de uno de los móviles que convierten el simple incumplimiento del deber, acarreador de sanciones administrativas, en un ilícito penal del que se originen sanciones.

NOVENO CARGO

Por cuanto la Corte se abstendrá de comentarlo a espacio para no incurrir en un prejuzgamiento, habrá de limitarse a transcribirlo y a ordenar lo conducente,

Dicen así los denunciantes:

"El señor Armando Restrepo R. es Jefe de la Sección de Compras del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, y como tal hace parte de la Junta de Licitaciones de dicha dependencia.

"También es empleado del mismo Departamento el señor Oscar Tejada C., con el cargo de Jefe de Contratos de la División de Inmuebles.

"El día 9 de junio de 1964 se reunió la Junta de Licitaciones del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, con la asistencia y participación del señor Armando Restrepo R., y le adjudicó a la firma "DANESCO LIMITADA" la compra de 500 libras de clorofenato D'D'T en polvo, a razón de $ 3.00 cada una, por un total de $ 1.500.00 y de 150 galones de creolina, a razón de $ 8.00 cada uno, por un total de $ 1.200.00. Esta compra total en la licitación de ese día valió $ 2.700.00.

"En Junta de Licitación del 4 de junio de 1964, cinco días antes, a la misma firma "DANESCO LIMITADA" se le habían comprado 1.000 frascos de detergente líquido por $ 2.500.00 y 1.000 galones de creolina por $ 8.000.00.

"Hecha por los suscritos la averiguación correspondiente nos enteramos, mediante certificado expedido por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, que "DANESCO LIMITADA" es una sociedad constituída por escritura pública número 1927 del 21 de julio de 1964 otorgada en la Notaría 8ª del Circuito de Bogotá, de la cual son socios los señores Armando Restrepo Rivadeneira, Oscar Tejada Corredor y Axel Sung. Que esa sociedad tiene un término de duración de diez años, contados desde la fecha de la escritura de constitución; que su objeto es la fabricación de ceras para pisos, detergentes, grasas para limpiezas, sustancias químicas usadas en industrias y todo lo relacionado con esta industria; que su capital es de $ 14.000.00, dividido en 14 acciones o fracciones de capital de $ 1.000.00; que esas acciones han sido suscritas 7 por Armando Restrepo Rivadeneira por valor de $ 7.000.00 y 7 por Oscar Tejada Corredor por el restante valor de $ 7.000.00 para completar el capital total de la sociedad; que es Gerente o representante legal de la sociedad su socio industrial señor Axel Sung y que son personas legalmente autorizadas para firmar en nombre de la sociedad Armando Restrepo Rivadeneira y Oscar Tejada Corredor.

"Este hecho tipicamente delictuoso, consistente en que funcionarios públicos intervengan directamente, en su provecho, en contratos que realiza la propia dependencia administrativa en donde trabajan, reviste una gravedad inusitada, demás está descartarlo, especialmente por las dosis de desmoralización y de escándalo en él implícitas. Sin que deje de horrorizar el inaudito descaro en su comisión.

"Al verificar que la sociedad "DANESCO LIMITADA" había sido constituída el 21 de julio de 1964, mediante la escritura ya mencionada, cuyo registro comercial se efectuó el 29 de este mismo mes y año, mientras que las adjudicaciones que a esa firma le hizo la Junta de Licitaciones del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES tuvieron lugar los días 4 y 9 de junio del corriente año, los suscritos nos preocupamos por hacer en la Cámara de Comercio de Bogotá esta averiguación: si con anterioridad a ese registro de fecha 29 de julio de 1964 de esta firma "DANESCO LIMITADA" de que son únicos socios capitalistas los dos empleados del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, existía registrada otra Sociedad con el mismo nombre, idéntico objeto social pero distintos socios. El resultado de nuestra averiguación fue negativo: en la Cámara de Comercio de Bogotá la única sociedad registrada con el nombre de "DANESCO LIMITADA", es ésta de que son socios capitalistas Armando Restrepo R. y Oscar Tejada C., junto con el señor Axel Sung, socio industrial.

"La verificación anterior condujo al establecimiento de una nueva irregularidad, de máxima gravedad, relativa a la violación flagrante de las normas, de imperativa observancia, sobre el régimen legal de las compras a que debe someterse el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES. En efecto, en el Capítulo III, del Decreto 2880 de 1959, sobre "Régimen Legal de las Compras", que se encabeza con la leyenda: "A) De la unidad del sistema y de la responsabilidad", artículos 23 a 26 (vigentes por mandato expreso del Decreto 1718 de 1960 en su art. 82), se establece:

"'Artículo 23.—*Toda compra*, cualquiera que sea su clase, se realizará de conformidad con *las normas de este Estatuto*, y de modo especial con las del presente capítulo.

"'*En caso contrario, la Nación no adquiere obligación alguna, y el funcionario que hubiere intervenido en la compra responderá administrativa y fiscalmente de los daños causados, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar.*

"'*Artículo 24.*—La ejecución de todo acto operación o procedimiento que tienda a burlar el cumplimiento de los requisitos que aquí se establecen, *implica la responsabilidad definida en el*

artículo anterior, en relación con el autor o autores.

"B) De la inscripción y lista de precios.

"*Artículo 25.—Las personas que pretendan celebrar contratos de suministros, deberán inscribirse* en la División de Suministros y en los Ministerios o Departamentos Administrativos encargados de las compras especiales, llenando los siguientes requisitos:

"1º—*Comprobar su inscripción en el Registro Público de Comercio.*

"2º *Si se trata de una persona jurídica, comprobar* su constitución, existencia y representación legal.

"3º—Acreditar antecedentes de honorabilidad comercial, mediante certificación de un Banco, o de la Federación Nacional de Comerciantes, o de la Asociación Nacional de Industriales.

"'*Artículo 26.*—Al inscribirse una persona, deberá remitir a la División de Suministros y a los Ministerios y Departamentos Administrativos antes mencionados, *lista de precios* de los bienes muebles o mercancías que pretenda vender, e informar a las mismas entidades, de modo permanente, acerca de *las variaciones* de tales precios. El cumplimiento de este requisito es indispensable para que sus ofertas sean tenidas en cuenta en toda clase de adquisiciones'.

"Si la Sociedad "DANESCO LIMITADA" no había sido constituída, ni tenía existencia, ni representación legal, ni estaba registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 4 de junio de 1964, no podía celebrar contratos de suministros con el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES. Haberlos celebrado era ya una grave irregularidad que aparejaba responsabilidad para los funcionarios que intervinieron en la operación, o sea los integrantes de la Junta de Licitaciones que estuviesen al tanto de la falta de esos requisitos esenciales en la supuesta firma favorecida con la adjudicación. Pero que entre esos integrantes de la Junta de Licitación se hallara uno que tuviese interés con esa firma supuesta, como era el caso del señor Armando Restrepo R., significaba la exacta tipificación del delito previsto y sancionado en el artículo 167 del C. P.

"Que fue precisamente lo que ocurrió. Con estos agravantes: que el señor Armando Restrepo R., como Jefe de la Sección de Compras, es la persona que ordena la confección y envío de las 'Solicitudes de Cotización', que él mismo suscribe a juzgar por una que reposa en nuestro poder y a la que se aludirá cuando narremos el hecho que de ella se desprende. Lo anterior significa que el señor Armando Restrepo R. procuró el despacho de 'Solicitud de Cotización' a una firma inexistente el 4 de junio de 1964, como era "DANESCO LIMITADA", y que no figura en el Registro de Proveedores para el año de 1964 del Departamento investigado.

"'DANESCO LIMITADA' podía ser para esa época del 4 de junio de 1964 una simple Sociedad de hecho, o meramente civil, pero lo evidente es que cuando se constituyó legalmente y obtuvo su registro comercial, dejó al descubierto que los interesados de tal Sociedad, como únicos socios capitalistas, eran el propio funcionario Armando Restrepo R. y otro alto empleado del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, el señor Oscar Tejada Corredor.

"Ha tratado de argüirse que el hecho de que "DANESCO LIMITADA" no existiera como Sociedad legalmente constituída el 4 y el 9 de junio de 1964, días de las adjudicaciones con que resultó favorecida, desliga a los funcionarios Armando Restrepo R. y Oscar Tejada C. de todo interés en esas licitaciones, así éstos aparezcan como únicos socios capitalistas de "DANESCO LIMITADA" cuando esta Sociedad se constituyó legalmente el 21 de julio de 1964. El argumento es de un simplismo, rayano en la complicidad de quienes han osado expugnarlo, que no resiste la menor refutación. Pero para hacer absolutamente innecesaria toda operación dialéctica contra el citado argumento, vino a presentarse un hecho que dejó al descubierto el directo interés de Armando Restrepo R. y Oscar Tejada C., los dos funcionarios contratistas, en las adjudicaciones hechas a "DANESCO LIMITADA". Ese hecho fue la plena prueba de que el valor de esas adjudicaciones lo reclamaron esos dos funcionarios para la Sociedad de que son únicos socios capitalistas, luego de que ésta fue legalmente constituída. Y consiste esta plena prueba en un documento en papel sellado, del que poseemos la fotocopia, que dice textualmente:

"'Señor

CAJERO PAGADOR
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO
DE SERVICIOS GENERALES
E. D. D.

"Autorizamos al BANQUE NATIONALE POUR LE COMMERCE ET L'INDUSTRIE sucursal CAN, para cobrar y recibir los cheques por concepto de las Ordenes de Compra números 6081 $ 2.700.00, 6006 $ 8.000.00 y 6007 $ 2.500.00 a favor de la firma "DANESCO LIMITADA".

"Hay un sello: DANESCO LIMITADA.

"(Fdo.) OSCAR TEJADA CORREDOR.
"C.C. Nº (ilegible en la fotocopia)

"(Fdo.) ARMANDO RESTREPO R.
C. C. Nº 2887377 Bogotá".

"Aparece un sello que dice: "Departamento Administrativo de Servicios Generales, con una firma ilegible y otra leyenda también ilegible y otra leyenda también ilegible en la fotocopia".

"Tenemos que confesar que nuestra alarma, saturada de indignación y de vergüenza, cuando llegó a nuestras manos este documento que acaba de transcribirse, fue indescriptible, sin que supiéramos qué nos sorprendía más, si la torpeza de sus firmantes o su descaro, un descaro que no puede explicarse sino por la fundada certidumbre de tener segura la impunidad. Y por cierto que en esto de aspirar a la impunidad, los señores Armando Restrepo R. y Oscar Tejada C. hasta ahora no han andado muy equivocados. Y nos explicamos:

"Un superior jerárquico de empleados a quienes se les descubre comportamiento ilícito de la repugnante naturaleza del llevado a cabo por Restrepo y Tejada, mediante prueba tan irrefutable como la que produjeron estos señores, lo primero que hace al conocer el desconcertante documento es decretar las respectivas destituciones. Ese es, debe ser, paso previo a la solicitud de investigación penal que lleve a la aplicación de otras sanciones. Uno de los firmantes de este escrito, con alguna esperanza, remota, es cierto, pero al fin y al cabo esperanza de que el señor Armando Zabaraín procediera a destituír a esos subalternos, le puso de presente el documento transcrito. Y claro que el señor Zabaraín se sorprendió, pero no tanto del contenido de ese documento como de que éste hubiese llegado a poder nuestro. Y los dos empleados siguen en sus puestos, porque el señor Zabaraín pidió investigador especial y anda atareado en coordinar la defensa de sus compañeros de trabajos, una defensa que con el argumento atrás comentado ya ha sido insinuada por un apoderado de oficio en el recinto de la H. Cámara de Representantes.

"De exceso de optimismo debe calificarse la leve idea de que el Jefe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, señor Armando Zabaraín, pudiera deshacerse de colaboradores comprometidos en actuaciones ilícitas, si él es plenamente solidario con ellos, como lo demuestra la conducta adoptada al conocer el documento acusatorio y se desprende de muy enfáticas declaraciones. Veamos estas declaraciones.

"En la página 72 del "Informe al Congreso Nacional de 1964", presentado por el señor Zabaraín, se lee lo siguiente:

"'Asimismo, me honra destacar la importante labor cumplida por el personal de empleados del Departamento, *de comportamiento ejemplar. La fraternal amistad, el compañerismo y la solidaridad existentes*, han contribuído a mejorar el rendimiento general hasta un grado pocas veces registrado en organismos públicos'.

"Y en una información sobre personal que tuvo a bien entregarnos en el curso de nuestra visita al Departamento que funciona bajo su responsabilidad, el señor Zabaraín consignó este párrafo, que sería conmovedor si no resultase de un cinismo desconcertante:

"'Con orgullo patriótico puedo informar que el personal del Departamento, directivo y auxiliar, es de los mejores con que cuenta el Estado actualmente y puede equipararse o superar al de cualquier organismo privado. Su ejemplar conducta, su competencia, su interés por el trabajo, su honestidad y sus deseos de servirle al Estado, deben ser relievados ante la opinión, si es que existe justicia para el funcionario público'.

"Y dos últimas observaciones sobre este último melancólico negociado. Es la primera: ni el nombre de "DANESCO" ni los nombres de los productos vendidos al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES cuentan con registro en el Ministerio de Fomento; sin embargo en las respectivas etiquetas de esos productos aparece la flamante leyenda: "Marca Registrada". Es la segunda: el 30 de octubre de este año estaban en el Almacén del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES los 1.000 galones de creolina y las 1.000 botellas de detergente compradas a "DANESCO LIMITADA", lo que hace presumir que su compra no obedeció a pedido de ninguna oficina pública, ni a urgencia de esos productos, ni siquiera a necesidad más o menos inmediata de los mismos. Y los tarros o

galones de creolina, como tuvimos oportunidad de comprobarlo directamente, acusan ya el 30 de octubre franco signo de deterioro".

COMENTA LA CORTE:

a) El señor Armando Zabaraín, de acuerdo no sólo con disposiciones legales (Decreto 1718 de 1960, artículo 63, y artículos 27, 28 y 29 del Decreto 2880 de 1959), *sino también con pruebas ya comentadas, no formaba parte ni asistía a la Junta de Licitaciones. Por tanto, como aquí se trata de definir su situación jurídico-penal, no se le puede exigir responsabilidad alguna en relación con los hechos narrados por los parlamentarios doctores Alvarez Londoño y Noriega.*

b) Aunque el señor Zabaraín pretexta que al tener conocimiento de los hechos solicitó un informe del doctor Gómez Torres, ordenó la cancelación del Registro de la firma "DANESCO LIMITADA" del registro respectivo y ofició a la Procuraduría General de la Nación para que iniciara la correspondiente investigación, además de haber realizado otras diligencias al respecto (fs. 405 y s.s. del cuaderno 1º), lo cierto es que Armando Restrepo solo se retiró por renuncia a mediados de 1965 y Oscar Tejada también renunció mucho después de ocurridos tan bochornosos sucesos, lo que acusa en el indiciado aquella ligereza administrativa de que van abundando los ejemplos a través de esta providencia.

Como lo solicita el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se ordenará sacar copia de lo conducente para que la autoridad competente provea lo legal en relación con las personas que resulten comprometidas en la comisión de los hechos denunciados.

DECIMO CARGO

Consiste también en una adjudicación de contrato que se considera irregular por cuanto la firma "Madeconcreto", con la que se verificó, no estaba registrada en la Cámara de Comercio, y en que se pagó al señor Cándido Molina una suma mayor que aquella que se fijó en la licitación respectiva.

Se observa, en primer lugar, que las irregularidades en la adjudicación no son de la responsabilidad personal del Jefe del Departamento de Servicios Generales, como ya se tiene dicho. Y en segundo término, que en realidad de verdad la empresa de Molina figuraba con el nombre de "Madeconcreto", y que la sola falta del requisito de la inscripción en la Cámara de Comercio, no torna delictuosa la adjudicación del contrato ni siquiera la afecta de irregularidad grave, dado el caso de que se trata de una fábrica perteneciente a una sola persona, con propaganda muy conocida bajo tal nombre, etc., etc., *y porque el convenio se hizo personalmente con el señor Cándido Molina para suministro de pisos en madera de guayacán, colocado, pulido y lacado por el "Sistema Madeconcreto", cuya patente a él pertenecía.* (fs. 288 y s.s. del cuaderno 2º).

En segundo lugar, debe estudiarse por qué un contrato licitado a $ 48.00 metro cuadrado y con un valor de $ 52.800.00 correspondientes a 1.100 metros, se celebra por el señor Zabaraín por la suma de $ 63.800.00.

Dicen, al efecto, los denunciantes:

"Como puede advertirse por el simple cotejo entre lo que dice el Acta de la Junta de Licitaciones en que se hizo la adjudicación a "MADECONCRETO" y los términos del contrato en los apartes transcritos, hay una diferencia notable en los precios:

"En el Acta se adjudicó a $ 48.00 m² y por una suma total de $ 52.800.00; y en el contrato se pactó un precio de $ 58.00 m², y por una suma de $ 63.800.00.

"La anterior irregularidad es muy grave. Y no alcanza a explicarla, menos aún a justificarla, la circunstancia de que la adjudicación hubiese sido por "guayacán colocado y pulido" y en el contrato se haga referencia a "guayacán, colocado, pulido y lacado", porque la nueva modalidad del lacado implicaba una erogación de más de $ 10.00 por M²., o sea un total de $ 11.000.00 sobre el valor de lo licitado y adjudicado, suma ésta que conforme al aparte c) del Art. 36 del Decreto 2880 de 1959 imponía la necesidad de una licitación especial en que se dispusiera este gasto.

"Tan evidente es que la licitación resultaba legalmente indispensable, que al terminar su contrato el señor Cándido Molina Ortiz, la obra ejecutada superó a la contratada en 184.26 M²., siendo necesario a efecto de autorizar el pago de ese excedente hacer una licitación especial (Acta Nº 30 del 9 de diciembre de 1963) en la que para esos metros sobrantes, ahora sí a

razón de $ 58.00 c/u., se autoriza el pago de $ 10.687.08".

El indagado Zabaraín, al ser preguntado por este aumento de $ 10.00 por metro, contesta:

"... luego se notició a la oficina Jurídica (después de la adjudicación), que elaboró el contrato y ésta la pasó a la Jefatura, para su firma. Al inquirir por el aumento de diez pesos ($ 10.00), sobre el cual se me pregunta, se me manifestó que se trataba del valor del lacado y que de conformidad con disposición legal vigente éste tenía que contratarse con la misma firma que lo había colocado, lo había pulido y era especializada. Por lo demás, el artículo 36 a que hace referencia la pregunta establece que no es necesaria licitación sino cuando pasa de diez mil pesos ($ 10.000.00) el lacado costó en total mil cien pesos ($ 1.100.00), lo que solo necesitaba una cotización".

Yerra el señor Zabaraín, porque el exceso inicial fue de $ 11.000.00, amén del posterior sobre 184.26 metros de exceso de piso que resultó y a *cuyo pago se proveyó según acta de la Junta de Licitaciones de 9 de diciembre de 1963, a razón de $ 58.00 metro.*

En esta se ve claramente que el precio se acepta a como lo contrató Zabaraín, es decir, con el aumento de diez pesos ($ 10.00) por concepto del lacado.

Resultando esto obvio, y no habiendo, por otra parte, demostración de que el singular procedimiento, nuevamente demostrativo de imprevisión y ligereza, haya sido para favorecer criminalmente, a Cándido Molina, o *para obtener, a través suyo, algún provecho pecuniario, pues de estos extremos no existe indicio diferente al no suficientemente claro y unívoco de la irregularidad comentada, será también necesario favorecer a este apresurado funcionario con un sobreseimiento definitivo.*

CARGO UNDECIMO

Aparece expresado así por la Procuraduría Delegada:

"El abogado Rodrigo Noguera Barreneche denunció ante la Contraloría Nacional una pretendida negociación adelantada por el Jefe del Departamento de Servicios Generales con varios ciudadanos de Barranquilla, para la compra de terrenos en "La Loma", de esa ciudad, de los cuales la Nación estaba en posesión".

Base de esta acusación —según el denuncio— son los siguientes apartes de unas cartas dirigidas por el abogado Rodrigo Noguera Barreneche al Contralor General de la República el 19 de mayo de 1964 y al Ministro de Hacienda, que, respectivamente, rezan:

"Denuncio a las altas autoridades la negociación que el señor Jefe del Departamento del Servicio Civil quiere hacer comprando a precio escandaloso unas tierras de que la nación se halla en posesión.—El negocio vale cinco millones de pesos... y los comuneros de las tierras acaban de ceder al gestor un 10% más, en vísperas del negocio, a excepción de dos personas: el Dr. Alberto Pumarejo y el Dr. Eduardo Carbonell Insignares. A qué esa nueva cesión, pagados ya los honorarios con un 40% de las tierras? Se pretende que el gestor hizo gastos después de dictarse la sentencia o sentencias que obtuvo; pero todos los planos de las tierras fueron hechos por ingenieros del Ejército, que dieron copias a los interesados: un 10% para qué? Ese es un escándalo. Si estudia Ud. el problema hallará muy cierto cuanto digo. Si hay una investigación seria, cuente Ud. bajo juramento con lo que sé.—De Ud. muy atto. S. S. (fdo) *Rodrigo Noguera*— Carrera 60 num. 69-21".

. . . . . .

. . . . . .

"Señor Ministro, me permito también enviar en copia un telegrama que dirigí hoy al Departamento Administrativo de Servicios Generales. Se relaciona con estos hechos y otros de sumo interés para la Nación. Como perdí la Oficina, el doctor Antonio José Pantoja insistió en que la abriera de emergencia en su apartamiento, que ya no necesita. Tuve la intención de aceptar, y visité su apartamiento unos pocos días; pero me di cuenta que estaba en negociaciones con el Gobierno sobre las tierras llamadas de La Loma. Vi muy oscura esa negociación y como tengo un nombre que cuidar hasta por razones de familia, le di las gracias y no acepté.—Sin embargo, por un anuncio en que figuró el teléfono del Dr. Pantoja, el señor Armando Zabaraín (pobre señor Presidente, que nada sabe) insinuó que la negociación no podía hacerse, siendo socio el suscrito (este lo imaginó precipitadamente) del negociador. El hecho es digno de explicarse, por comprometer varios millones de pesos de la Nación, lo que algún día habrá que decir por la prensa".

Mas no necesita análisis lo que este cargo pueda comportar, pues con solo leer la declaración

jurada de este testigo se demuestra la ineficacia que como medio de prueba (por decir lo menos) tienen sus primeras aseveraciones. Para los efectos de esta providencia basta leer lo que en seguida se copia, con subrayas de la Corte que por sí solas constituyen un comentario:

"En esos días me buscó el doctor ANTONIO JOSE PANTOJA para ofrecerme al partir su departamento-oficina, a fin de que trabajáramos en compañía, y me instó y con tanta espontaneidad, que por el menor arrendamiento que iba a pagar, desistí de la otra negociación del local, y acepté el ofrecimiento que juzgaba sin ninguna intención diferente de la de servirme y servirse, el doctor PANTOJA. Me dio una llave de su oficina, que jamás usé. En ese mismo departamento, con dos alcobas, con baño y sala oficina, vivía un hermano del doctor PANTOJA llamado FELIPE PANTOJA. Siempre tocaba y se me abría la puerta. El doctor PANTOJA, era el abogado, me instó repetidamente para que asistiera a reuniones de los comuneros de La Loma, a quienes él pedía un diez por ciento (10%) más de honorarios, por servicios que decía haberles prestado y que no se los habían pagado, ni estaban incluídos en su contrato profesional con ellos. De esto me enteró el propio doctor PANTOJA. Me negué a prestarle ese servicio, como él lo llamaba, diciéndole que ese era un negocio terminado que no necesitaba de más abogados. Me dijo entonces que iba a vender a nombre de los comuneros, entre los cuales figuraba el doctor JOSE J. GOMEZ quien fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y al efecto me mostró una como original, o copia de un oficio del Ministerio de Obras Públicas, firmado por el doctor BATEMAN, alto funcionario de ese Ministerio en que ordenaba en pocos renglones al Jefe del Departamento de Servicios Generales señor *ARMANDO ZABARAIN*, la compra de los terrenos de La Loma, todavía ocupados por la Nación con obras portuarias.—La posesión de este oficio, que no era una copia informal comenzó a alarmarme, y manifesté al doctor PANTOJA, quien seguía insistiendo a que asistiera a tales reuniones, en que se proponía él, convencer a los comuneros para la sesión del nuevo diez por ciento (10%), que no asistiría más a su oficina, a pesar de que me quedaba sin local, y como razón adicional, por el hecho de que venía *caramelizándome* la entrega de una carta redactada por mí de acuerdo con él, para dejar constancia de nuestro arreglo sobre oficina. Parece que se había arrepentido porque ni por esa insinuación me devolvió firmada esa carta. Más tarde me buscó para explicarme que no me entregaría la carta sino cuando realizara el negocio que tenía prospectado con el Gobierno, porque don ARMANDO ZABARAIN le había dicho que el hecho de ser yo socio de PAN TOJA, que no lo era, lo inhibía para continuar hablando. Ante semejante confesión me indigné y puse un telegrama al Jefe del Departamento de Servicios Generales, aunque sabía que en esa fecha estaba aquí, manifestándole que no había sido socio nunca del doctor PANTOJA, y que apenas había proyectado con él, tomar por mitad el apartamento que le servía de vivienda y que él dejaba al volverse a Bogotá. Ya el doctor PANTOJA estaba viudo y solo vivía permanentemente en ese departamento su hermano octogenario del mismo señor FELIPE PANTOJA. El doctor PANTOJA me ofreció entonces honorarios en su negociación y le contesté que no había causa lícita para recibirlos y que tenía dos nombres limpios que cuidar, el mío y el de un hijo que es modelo de rectitud en el país. *Fue entonces cuando comprendí que había una negociación de alto bordo*, en la cual iba a resultar perjudicada la Nación, comprando por diez (10) veces su valor, *probablemente*, (sic) las mencionadas tierras de La Loma. Voy a explicarlo.—Como es sabido, la Corte condenó a la Nación a restituir esas tierras sin sus mejoras, o a pagarlas al precio del catastro, que en la fecha de tales sentencias, porque fueron varios juicios, tenían el precio muy bajo. *Dicho avalúo fue subido, no sé cuándo y si no me equivoco*, con esta salvedad lo digo bajo juramento, su valor actual, *es de ciento ochenta o doscientos cuarenta pesos metro cuadrado*. El mismo doctor PANTOJA me hizo una vez un cálculo de DIEZ MILONES DE PESOS, como para interesarme en los honorarios que me prometía sin saber por qué causa. Fue entonces cuando juzgué un deber de ciudadano, al saber que el señor ZABARAIN había pedido a la Contraloría una alta apropiación para esa compra que se pretendía vender a la Nación por muy alto precio tierras que la Nación ocupaba como mejoras que las habían valorizado y que los propietarios debían reconocer. Creo que esta carta mía, muy oportuna, hizo que la Contraloría no concediera la apropiación sino por un millón de pesos ($ 1.000.000.00), según me informó hace poco uno de los comuneros señor ANQUERA —no recuerdo el nombre—, que ocupó mucho tiempo el cargo de Jefe del INA en Barranquilla. Desgraciadamente el doctor ANTONIO JOSE PANTOJA ha muerto. Recuerdo que son comuneros de esas tierras el Abogado

doctor PEDRO CEPEDA y ROCA, quien me dijo una vez que no había querido una vez ceder el diez por ciento que PANTOJA le solicita; el doctor ALBERTO PUMAREJO, quien sé que hizo igual negativa; el doctor EDUARDO CARBONELL INSIGNARES, quien se negó igualmente a tal aumento y el señor ANTEQUERA a quien me he referido. Pueden ellos dar cuenta de quiénes son los comuneros e informar sobre las conversaciones que debió celebrar con ellos en su propia oficina, el doctor PANTOJA. Aclaro que el doctor PANTOJA murió mucho después de mis denuncios administrativos a la Contraloría y de mi telegrama de protesta (sic) al señor ZABARAIN. Eso es todo. APROBADA.—PREGUNTADO.—Sírvase decir si usted tuvo conocimiento ante qué entidades gestionó el extinto doctor PANTOJA, la compra por la Nación de los terrenos denominados La Loma? CONTESTO: Entiendo que solamente ante el Departamento de Servicios Generales, porque el doctor PANTOJA, se hallaba desde hace meses en esta ciudad y era aquí donde podía hablar con el señor ZABARAIN, cuando venía a visitar su familia. Conjeturo que la intervención del Ministerio de Obras Públicas, viniera de ahí. Lo importante es que él tenía una carta con la firma del señor BATEMAN alto funcionario del Ministerio de Obras Públicas, ordenando a ZABARAIN la compra de esas tierras, carta que PANTOJA mostraba a los comuneros, al tiempo que les pedía el diez por ciento por servicios prestados antes. APROBADA.—PREGUNTADO.—Sírvase decirnos si el doctor tiene conocimiento de que el doctor ZABARAIN, tuviera alguna participación en la negociación de los terrenos de La Loma? CONTESTO: *No tengo ningún conocimiento sobre el particular.* APROBADA.—Continúa el declarante: "*Me abstengo de interpretar los hechos que relato y mi interpretación de nada serviría.*—Eso es todo. PREGUNTADO.—Sírvase decirnos doctor si tiene alguna cosa más que agregar y que tenga relación con la negociación de los terrenos ocupados por la Nación y denominados La Loma, en esta ciudad? CONTESTO: Por el momento no recuerdo en absoluto nada más.—APROBADA.—PREGUNTADO: Qué explicación encuentra usted doctor al hecho de que la nota dirigida por el señor BATEMAN a ZABARAIN, se encontrara no en poder de ZABARAIN, sino del doctro PANTOJA? CONTESTO: *Me abstengo de dar explicaciones porque mi función es simplemente la de testigo, que solo puedo extender a las reacciones que esos hechos me produjeron.* APROBADA.—PREGUNTADO.—En una carta que enviara usted al Procurador General de la Nación en relación con la mencionada negociación, dice textualmente: '... Denuncio a las altas autoridades la negociación que el señor Jefe del Departamento del Servicio Civil quiere hacer comprando a precio escandaloso unas tierras de que la Nación se halla en posesión. El negocio vale cinco millones de pesos... Y los comuneros de las tierras acaban de ceder al gestor un diez por ciento más en vísperas del negocio...' Aclaro la pregunta en el sentido de que la carta fue dirigida a la Contraloría y no a la Procuraduría y le pregunto si es cierto el contenido de esa carta o si ella fue redactada en los términos antedichos y en caso afirmativo, cómo, por quién, y en dónde supo usted que el Jefe del Servicio Civil quería hacer ese negocio y a qué gestor fue a quien cedieron los comuneros el diez por ciento (10%)? CONTESTO: 'Ratifico la carta con esta rectificación. *En realidad no puedo asegurar bajo juramento que el señor ZABARAIN quisiera hacer esa negociación. Lo deduje en esos días de los hechos que he narrado; pero puedo haberme equivocado. Corrijo también que el doctor PANTOJA me habló de diez millones de pesos, cuando yo dije cinco millones.*—El único gestor de la cesión del diez por ciento fue el doctor PANTOJA, sé que se negaron a la cesión como ya lo dije los doctores ALBERTO PUMAREJO, EDUARDO CARBONELL INSIGNARES y PEDRO CEPEDA Y ROCA".

Finalmente, a propósito de este cargo habla así el concepto fiscal:

"Por Decreto 2210 del 22 de diciembre de 1932, el Gobierno Nacional, presidido por el doctor Enrique Olaya Herrera declaró baldíos los terrenos denominados 'La Loma' de Barranquilla, y allí se construyó el Puerto Fluvial.

"Nueve juicios reivindicatorios se iniciaron contra la Nación, habiendo sido fallados seis de ellos en primera y segunda instancia y tres en primera, en los cuales se condena a la Nación a devolver los terrenos que no necesite para el Puerto Fluvial y a pagar los otros a los propietarios, teniendo como base los avalúos existentes en 1932 y nuevos avalúos hechos por el Instituto Agustín Codazzi, menos la valorización emergente de las obras hechas por la Nación.

"Don Armando Zabaraín en su indagatoria del folio 384 del 1er. cuaderno, en los folios 386 v. y 387, dice al respecto que, al leer en la pren-

sa la noticia sobre tal negociación, solicitó informes a la Oficina Jurídica por medio de los memorándum 743 y 794, los cuales fueron respondidos en Oficio del 10 de diciembre de 1964, visible al folio 451, en el cual se hace un somero estudio del problema y se anuncia que no se han hecho las apropiaciones correspondientes por el Gobierno Nacional para dar cumplimiento a las sentencias respectivas. Agrega el doctor Zabaraín que no se han hecho las gestiones necesarias para incluir tales partidas dada la crisis fiscal.

"Obra al folio 4º del segundo cuaderno la declaración del doctor Eduardo Carbonell Insignares, en que habla de sus derechos y de su negativa de reconocer al Abogado Antonio J. Pantoja, quien gestionó las oposiciones a la declaratoria de baldíos de los terrenos de "La Loma" de Barranquilla, un diez por ciento adicional y afirma categóricamente que Armando Zabarain nada le habló de negociaciones.

"En el mismo cuaderno obra la declaración del denunciante abogado Rodrigo Noguera Barreneche, al folio 8, en que se ratifica en sus informes.

"Y por último obra el concepto de la Procuraduría General de la Nación, a los folios 349 a 369, del segundo cuaderno, en que se reproduce el rendido por el doctor Andrés Holguín al Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales el 7 de febrero de 1962, sobre el mismo tema.

"En fotocopia al folio 480 del 2º cuaderno pueden verse los avalúos hechos por el Instituto Agustín Codazzi y a los folios 452 y sgts. copia de la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, en uno de los juicios contra la Nación.

"De todo lo anterior se deduce que no ha existido la escandalosa negociación, que los terrenos ocupados por la Nación son de terceras personas y que ésta debe devolver algunos y pagar los otros, todo bajo la tramitación especial del artículo 553 del C. J., sin que por parte de don Armando Zabarain se haya iniciado gestión seria alguna, para cumplir las sentencias, por lo cual debe eximírsele de responsabilidad, por inexistencia de delito".

Se sobreseerá, por tanto, en favor del indiciado en lo relativo a la imputación comentada.

CARGO DUODECIMO

Se quejan los denunciantes de que Armando Restrepo, por oficio de 8 de julio de 1964, solicitó una cotización, *para importación*, de "150 cajas de 12 botellas cada una, de Whisky "ANTIQUARY"; que respetables comerciantes de Bogotá han informado que hay, por lo menos, veinte marcas de Whisky de igual calidad y precio no superior; que una casa tiene en el país la exclusiva de esa marca; que no se explica que se demande una marca de Whisky especial, y que aún en el supuesto de que se necesite, para el Ministerio de Relaciones, esa clase de licor, tampoco se explica que se envíen solicitudes de cotización a diversos comerciantes y se haga una farsa de una licitación a sabiendas de que ese tipo de Whisky no lo puede importar sino determinada casa comercial.

Este Whisky se compró a los agentes David y Eduardo Puyana el 19 de agosto de 1964 por la suma de $ 36.539.01, (fs. 263 del Cuaderno 2º), y a fs. 48 del 5º está la prueba de que la firma vendedora "tiene la representación exclusiva para el territorio colombiano de la casa J. & W. Harrie Ltda., productora del Whisky marca "Anticuary" de Luxe".

Aparece también demostrado que este es el Whisky que consumen el Palacio Presidencial y el Ministerio de Relaciones Exteriores (fs. 346) y que esas 150 cajas fueron pedidas por este último despacho el 29 de abril de 1964, originándose así la licitación.

Sobre estas bases, y la que se desprende de la explicación dada por el procesado Zabaraín de que no intervino jamás en las licitaciones, *hecho que aparece evidenciado en los autos —como varias veces se ha dicho —, habrá de descartarse la responsabilidad del Jefe del Departamento de Servicios Generales, como lo solicita el Ministerio Público, en lo atinente a los hechos que acaban de mencionarse.*

CARGO DECIMO TERCERO

Acoge la Corte el comentario, breve pero atinado, del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, concebido así:

"Se refiere este cargo al hecho de comprarse diversos artículos y en diversas ocasiones al señor Isaías M. Rodríguez quien no es mayorista, considerándosele por tal hecho como intermediario.

"A este respecto cabe hacerse las mismas consideraciones que se hicieron en el acápite anterior, por cuanto Armando Zabaraín no interviene en las compras, observando sí que el hecho de ser minoritario no implica incapacidad para suministrar en mejores condiciones artículos al Departamento que los mayoritarios".

CARGO DECIMO CUARTO

Creyeron los denunciantes que unas grabadoras, adquiridas por el Departamento Administrativo cuya Jefatura desempeñaba el señor Zabaraín, las había comprado como artículos de contrabando, lo que, en su sentir, es "un hecho disolvente e inmoral de funestas repercusiones" que "requiere investigación y sanción ejemplarizante".

Ante las manifestaciones hechas por los vendedores (fs. 490 del cuaderno 1º) *y los manifiestos presentados por la Casa Radium, resulta al menos muy dudoso que los aparatos comprados —grabadoras— hayan sido de contrabando, y en todo caso no existe rastro siquiera de prueba de que el Departamento de Servicios Generales los haya adquirido a sabiendas de su viciosa procedencia.*

Pero es más: debe anotarse que la intervención del señor Zabaraín no fue en la licitación sino en el afán de proveer al Congreso de esos elementos de trabajo. En el proceso de adquisición no ha podido señalarse en autos intervención alguna suya.

Con razón dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal lo siguiente, que sirve para dar término a este capítulo:

'Respecto de este cargo a Armando Zabaraín deben hacérsele las mismas consideraciones hechas en los acápites anteriores, de que él por no tener que intervenir legalmente en las licitaciones, adjudicaciones y por no intervenir de hecho, no tiene por qué responder de ello".

CARGO DECIMO QUINTO

Los Representantes a la Cámara, cuando investigaban, por su personal iniciativa, la marcha del Departamento de Servicios Generales, solicitaron un cuadro descriptivo de los inmuebles tomados en arrendamiento con destino a dependencias oficiales, según oficio dirigido al señor Armando Zabaraín.

Elaborado por Oscar Tejada, Jefe de Inventarios y Contratos de Inmuebles, el aludido Zabaraín les entregó un cuadro, constante de fs. 220 a 225 del cuaderno de fotocopias, que los denunciantes hallaron "inexactos", que "oculta datos", "presenta informaciones de manera acomodaticia" y "en resumen, no sirve para estudiar el verdadero manejo de esa dependencia oficial".

No precisaron, sin embargo, esas inexactitudes pues se limitaron a decir:

"a) Ocultaba (el cuadro) *en algunos casos* el verdadero nombre del arrendador (subraya de la Corte).

"b) *En la mayoría de los contratos* no registraba la verdadera fecha de su iniciación; (subraya la Corte).

"c) No entregaba la historia, por nosotros pedida, de las distintas variaciones pactadas sobre los cánones de arrendamiento.

"d) *En algunos casos* esos cánones de arrendamiento... no correspondían a los que efectivamente figuraban en el expediente. (La subraya tampoco es del texto).

Interrogado sobre el punto concreto, a fs. 494 del cuaderno 1º, da el indiciado esta respuesta:

"En relación con la primera afirmación me remito al informe que el Visitador de la Contraloría doctor GONZALO PATIÑO, quien estudió detenidamente el problema en compañía del doctor POLICARPO ALVARADO, Fiscal de la Procuraduría General de la Nación y que a la letra dice: '... Se tiene, en consecuencia, que las relaciones del señor TEJADA y del señor GOMEZ LATORRE, *concuerdan en lo exigido* en los ordinales a), b) y c de la carta de los doctores ALVAREZ LONDOÑO y NORIEGA, al doctor ZABARAIN y que al señor TEJADA le faltó satisfacer, en parte solamente, lo demandado en el ordinal d), que fue suplido separadamente por el doctor GOMEZ LATORRE. Aquel dice que no lo hizo por mala fe sino por la premura del tiempo, exculpación que en mi concepto merece credibilidad mientras no se le demuestre lo contrario, pues no se ve porqué ni para qué les fuera a ocultar algo, siendo él dependiente del Jefe de los Servicios Generales y de su inmediato superior del Jefe de la División a que pertenece, quienes pusieron a disposición todos los contratos de arriendo, con sus antecedentes y siguen estándolo bajo la custodia y responsabilidad de otro funcionario'. Me permito en-

tregar al señor Juez una relación de los contratos de arriendo de Bogotá constante de 110 folios, la cual fue elaborada para los Representantes NORIEGA y ALVAREZ y revisada tanto por el Visitador de la Contraloría como por el Fiscal de la Procuraduría, lo cual indica la absoluta buena fe con que se procedió".

El interrogado entregó una relación completa de tales contratos (fs. 498 a 608 C. 1ª), cuyo número es de 110 en lugar de 104 constantes en el inicial, y contentivo de datos no incluídos en el primer cuadro.

Sobre la base de estos elementos, la Corte considera:

a).—*No aparece probado que el sindicado Zabaraín haya intervenido en la formación del primer cuadro;*

b).—*Tampoco resulta demostrado que se haya incurrido voluntariamente en las omisiones o errores contenidos en el primero, antes bien, el Comisionado de la Contraloría, a fs. 17 del cuaderno segundo, después de un estudio bastante pormenorizado de la cuestión, admite las exculpaciones de Tejada;*

c).—*Conocedor Zabaraín de la protesta de los congresistas a raíz del cuadro elaborado por Tejada, se dirigió al doctor Armando Gómez Latorre, Jefe de la División de Inmuebles, enviándole copia de dicha protesta y pidiéndole atienda la petición de aquellos investigadores. Ya que "esta Jefatura ha estado permanentemente dispuesta a suministrar todos los datos que se consideren necesarios sobre manejo del Departamento".*

No se relieva en los hechos analizados la comisión de delito por el cual deba residenciarse en juicio al señor Zabaraín.

CARGOS DECIMO SEXTO A VIGESIMO QUINTO

Todos ellos se agrupan en un solo capítulo porque se refieren a alzas en el valor de los cánones de arrendamiento de locales o edificios tomados por la Nación a personas naturales o jurídicas con destino a la Administración Pública.

"*Alzas escandalosas e inmorales*", las llaman los denunciantes y exponen razones legales para sostener la nulidad de los contratos (tema ajeno a la competencia de la Corte).

Pero debe observarse que los parlamentarios no sugirieron, siquiera, que esas alzas de los viejos cánones hubieran obedecido a una actividad delictuosa, vale decir, que el señor Zabaraín u otras personas involucradas en el proceso de revisión alcista, hubieran procedido a ello por interés pecuniario, o afectivo, o por móvil oscuro o torcido de otra índole.

La investigación rastreó, sobre la base del denuncio, un poco más allá, y por ninguna parte aparece el más leve indicio de que esas alzas hayan sido fruto de una actividad delictuosa o siquiera inmoral, ora sea porque nada hubo como tiene que afirmarlo el fallador sometido a la objetiva realidad del proceso, o sea porque no hubo capacidad para producir el esclarecimiento de lo que piensen los suspicaces. La justicia no puede disponer del patrimonio moral del ser humano obedeciendo a rumores callejeros que se alimentan de tan variadas pasiones.

Lo cual bastaría para poner punto final al estudio de esas situaciones. Pero para dejar más en claro lo afirmado, conviene que esta providencia de la Corte contenga la siguiente reproducción de parte del concepto que sobre este tema rindió el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Reza así:

"De los 110 contratos de arrendamiento celebrados por el Departamento, solamente se han registrado alzas en el precio de los mismos, en nueve contratos sobre arrendamiento de edificios destinados al servicio público de Bogotá, ya construídos con posterioridad al 31 de diciembre de 1955, fecha de la vigencia de la congelación de precios de arrendamiento de que trata el Decreto-Ley número 1070 de 1956, o sobre edificios que sufrieron modificaciones y por ellas podía solicitarse alza en el valor del arrendamiento, de acuerdo con el concepto del H. Consejo de Estado al señor Ministro de Hacienda.

"*Igualmente las alzas y modificaciones en el precio de los arrendamientos se produjeron a solicitud de los propietarios de los edificios ya por la desvalorización de la moneda, ya por el vencimiento del plazo, ya porque se exigía su desocupación, dada la demanda de oficinas existente y el mayor precio ofrecido por los aspirantes a ocuparlos, quienes se comprometían a pagar cumplidamente, ya por la imposibilidad de conseguir otros edificios en las mismas condiciones de precio, de comodidad, ya que el alza es general, o porque los trasteos entorpecían la administración y demandaban ingentes inversiones co-*

nio en el caso de los edificios ocupados por las Bodegas del Ministerio de Hacienda o el Care.

"*Todos estos factores, verdadera fuerza mayor, fueron estudiados y analizados por don Gonzalo Patiño, Visitador de la Contraloría General de la República, quien en asocio del doctor Policarpo Alvarado, Visitador de la Procuraduría General de la Nación, hicieron un detenido estudio al respecto y el cual en copia auténtica obra a los folios 14 y siguientes del segundo cuaderno.*

"Relievadas las anteriores consideraciones aplicables a todos los contratos que autorizaban alzas, procederé a analizar brevemente cada uno de ellos, así:

"PRIMERO.—A la señora Elena Lersundy de Delgado, propietaria del Edificio 3 12-64 de la carrera 6ª de esta ciudad, se le pagaba por las Oficinas ocupadas por el Consejo de Estado en diciembre de 1959, la suma de $ 10.411.50, mensuales, pero ante este precio la dueña por intermedio de su apoderado exigió o aumento o que le desocuparan los locales y como no se encontraran otros a igual precio, sino a precio superior, se le concedió a partir del 1º de diciembre de 1962 a $ 22.716.00 y como la propietaria, vencido el año del nuevo contrato, insistiera en pedir los locales o reajustar el precio, a partir del 1º de diciembre de 1963 se aumentó el precio de $ 32.181.00.

"*En los aumentos decretados por el precio del arrendamiento mensual por los locales del edificio de la señora Elena Lersundy de Delgado, obró la imposibilidad de encontrar otros locales, en las mismas condiciones, por menores o igual precio, además de la necesidad de evitar perjuicios al Consejo de Estado por el trasteo, habiendo los Funcionarios del Departamento Administrativo desarrollado toda su actividad para evitar que el alza se produjera o fuera mayor, como lo afirma el informe de Gonzalo Patiño, ya citado.*

"SEGUNDO.—En el contrato existente entre el Departamento y el señor Idelfonso Méndez sobre arrendamiento del edificio donde funcionan los Ministerios de Trabajo y Educación, se pagaba como precio el quince de enero de 1962, $ 20.000.00, que luego se subió a $ 24.000.00 y por último a $ 29.064.00. La explicación de las alzas es igual a la anterior, (sic) demostrándose que en el mismo edificio otras pagaban a $ 18.00 metro cuadrado y el Estado a $ 12.00 metro cuadrado. *A los folios 609 y 610 del 1er. cuaderno, obra copia del contrato suscrito entre Idelfonso Méndez y Carlos Alfonso Rivera, por oficinas en el mismo edificio a precio superior. Igualmente dichas alzas fueron aprobadas por el Consejo de Ministros y el Consejo de Estado, estando justificadas de acuerdo con el estudio del Visitador de la Contraloría General de la República señor Gonzalo Patiño.*

"TERCERO.—Que el precio del arrendamiento del edificio de propiedad de Luis A. y Nepomuceno Plata, ocupados por los Juzgados Superiores, se elevó el precio del arrendamiento de $ 6.500.00, el 17 de abril de 1961 a $ 11.900.00 el 14 de noviembre de 1962. La razón del aumento fue, *no obstante ser el edificio anterior al 31 de diciembre de 1955, la construcción de una sala de audiencias, lo cual justificaba el aumento en el precio del arrendamiento al decir del Visitador de la Contraloría General de la República, señor Gonzalo Patiño.*

"CUARTO.—Que en el contrato entre el Departamento y los señores Luis y Nepomuceno Plata, por el arrendamiento del edificio donde funcionaban los Juzgados del Circuito, no obstante ser el edificio anterior al 31 de diciembre de 1955 se elevó el precio del arrendamiento de $ 11.500.00 el 28 de noviembre de 1962, *se firmó nuevo contrato, agregando un piso más y fijándose para el 2 de enero por los locales antiguos y el nuevo piso la suma de $ 26.722.00, como precio del arrendamiento. La razón es el valor del nuevo piso justificado de acuerdo con las conclusiones del Visitador de la C. G. de la R., señor Gonzalo Patiño.*

"QUINTO.—Que el Departamento Administrativo de Servicios Generales celebró un contrato de arrendamiento de locales en el edificio de la carrera 7ª número 13-58 de propiedad de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por un precio de $ 20.683.50, que el 1º de abril de 1963, se celebró un contrato con Alfonso Miranda, representante de la entidad, por precio de $ 23.100.00, cediéndole el contrato al señor Iván Jaramillo el 4 del mismo mes.

"Que en noviembre de 1960, Alfonso Miranda, como representante de la Caja de Sueldos de la Policía Nacional, había dado en arrendamiento a Iván Jaramillo, representante de la firma IVAN JARAMILLO Ltda., la totalidad del edificio por la suma de sesenta y cinco mil pesos mensuales, por lo cual Alfonso Miranda cedió el nuevo contrato a Iván Jaramillo, ya con un precio de veintitres mil cien pesos, con retroactividad al 1º de enero de 1963.

"La cesión hecha por Miranda a Jaramillo, la hizo una vez vencido el plazo estipulado y renovado el contrato con un canon ajustado a las nuevas exigencias, ya que el contrato no era sino por seis meses, en razón de que el Ministerio de Gobierno se trasladó al Edificio Nacional Murillo Toro. *Tal cesión era legal y don Armando Zabaraín trajo a los autos pruebas de lo que pagaban otros inquilinos, superiores a la en que se negoció.*

"*No encuentro ilicitud ninguna en aceptar la cesión, ni en el aumento, ya que el valor de los arrendamientos no estaba congelado, por ser el edificio muy posterior en su construcción a diciembre de 1955.*

"SEXTO.—El señor PABLO LATORRE dio en arriendo al departamento el edificio de la carrera 9ª número 5-22 a 5-38, por un precio de $ 6.134.03 con destino a los Jueces de Instrucción. Como el número de estos aumentara y no se consiguiera otro local, el antiguo Jefe del Departamento, por intermedio de la División Administrativa de Inmuebles obtuvo que el señor Latorre le entregara los solares donde funcionaban las bodegas, para allí construir más oficinas, para lo cual se contrató al Ingeniero Francisco Gil, para que por administración delegada construyera dichas oficinas, por un valor de $ 119.954.25, de los cuales, dado que se destruían las bodegas el propietario se comprometía a pagar la suma de $ 67.146.12, por el mayor valor, ya que las bodegas que se destruían se estimaron en la suma de cuarenta mil pesos. Este contrato se celebró con el doctor Jorge Cárdenas Gutiérrez.

"Parece que el contratista Ingeniero Francisco Gil no construyó la totalidad de las Oficinas, lo que determinó que el propietario, Pablo Enrique Latorre, pidiera el edificio y como no se consiguió y se había invertido dinero en su ampliación, Armando Zabaraín, obtuvo que se prorrogara el contrato por tres años más, reconociendo un precio mensual de ocho mil pesos, de los cuales se descontaba al propietario la suma de $ 1.875.00 para amortizar la deuda de la construcción pagándole la suma de $ 6.184.83.

"La anterior relación hecha por Pablo E. Latorre fol. 313 del 5º cuaderno, coincide con la indagatoria de Armando Zabaraín y con la copia del contrato de arrendamiento que obra al folio 635 del 1er. cuaderno.

"*Basta la enunciación de los hechos, para deducir que ninguna responsabilidad puede deducirse a Armando Zabaraín en un contrato, el de construcción, en que no intervino, ni al reconocer un alza, justificada por los nuevos servicios de la edificación.*

"SEPTIMO.—La Nación había contratado el arrendamiento del edificio de la calle 22-C número 31-33 y la bogeda de la calle 23 número 31-35, con destino al Ministerio de Hacienda por la suma de $ 10.500.00. El contrato de arrendamiento fue cedido al señor Vicente Umaña Méndez, quien exigió aumento, pactándose para el año de 1964, un precio de $ 16.800.00 y para 1965, el de $ 22.400.00.

"*El Departamento quiso contratar otros edificios pero el Ministerio de Hacienda, por intermedio de su Director General, doctor Tomás Camargo Gómez, se opuso, dando como razón de que el traslado impondría al Ministerio gastos ingentes y que por el mismo precio no era posible conseguir otro local. Ante estas razones, verdadera fuerza mayor, hubo de accederse a las peticiones del propietario, como se demuestra con el informe del Visitador Gonzalo Patiño* (constancia de Camargo Gámez f. 647 del cuaderno 1º).

"OCTAVO.—El señor Juan C. Trujillo dio en arriendo al Departamento el edificio número 14-41 de la calle 26, con destino al C.A.R.E., mediante un precio de seis mil pesos mensuales y como se hubiera vencido pidió el edificio o que se le aumentara el precio y dado que el C.A.R.E., manifestó que el traslado a otro edificio implicaría la inversión de ingentes sumas, se accedió a subir el precio a ocho mil pesos mensuales a partir de enero de 1963.

"*El alza acordada se justificaba plenamente, dadas las razones alegadas por el C.A.R.E., como explícitamente lo reconoce el Visitador de la Contraloría General de la Nación, señor Gonzalo Patiño, en su informe que obra al folio 25 del segundo cuaderno.*

"NOVENO.—Se refiere este cargo al hecho de que al señor Pablo A. Rojas Leal, arrendador del edificio de la carrera 14 número 22-52 a 22-68, ocupado por el Servicio Civil, se le notificó por el señor Oscar Tejada la terminación del contrato y personalmente el mismo empleado le manifestó que lo consignara para la administración a Hernando Luque, para continuar ocupándolo, y como éste se negara, se le renovó luego el contrato.

"*Como se ve este cargo acusa exclusivamente al señor Oscar Tejada, cuya conducta debe in-*

vestigarse, pues bien puede tratarse del delito de concusión, pero como dicho señor no goza de fuero, es a otros funcionarios a quienes corresponde conocer, por lo cual ha de sacarse copia de lo pertinente y enviarse a los Jueces competentes.

"DECIMO.—Se refieren los cargos de este hecho, a contratos de arrendamiento con la firma Luque Lersundy y Hernando Luque y especialmente al Edificio de la carrera 12 número 12-25, ocupado por el Ministerio de Minas, por el cual se giró un cheque para pago del arriendo del mes de julio de 1964, estando desocupado, el edificio por lo cual la auditoría no lo autorizó. Se da como razón la de que el contrato estaba vigente y se quiso pasar allí el Ministerio del Trabajo que no quiso ocuparlo y luego la Dirección de Aduanas, la cual exigió algunas mejoras previas, lo cual requería tiempo y como no era posible *encontrar un edificio rápidamente y el traslado del Ministerio de Minas demoró, se consideró mejor, pagar ese mes, lo cual me parece acertado, ya que el contrato estaba vigente.*

"*Se dice también que en el contrato celebrado con Hernando Luque sobre el arriendo de la mezzanine del edificio de la carrera 12 número 16-25, cuyo precio mensual es el de $ 2.950.00. se hicieron enmendaturas, pero, además de ser responsable de ellas la empleada, señorita Isabel Peña Wiesner, ésta explica que la suma que aparece allí es la exacta y que borró porque se equivocó, olvidándose de salvar la enmendatura.*

"*Sobre el particular cursa una investigación penal y en tal hecho nada tiene que ver don Armando Zabaraín.*

"*Del estudio que acabo de hacer de las alzas y presuntas irregularidades en los contratos de arrendamiento, no se desprende cargo alguno penal contra don Armando Zabaraín, cuya conducta aparece clara, nítida y justificada*".

CARGO VIGESIMO SEXTO

Lo intitulan los doctores Noriega y Alvarez Londoño "contraste entre la gestión oficial del anterior Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales, doctor Jorge Cárdenas Gutiérrez, y el actual, señor Armando Zabaraín".

No corresponde a la Corte analizar estas apartes de literatura política, pero para complementar el anterior capítulo, no sobra decir que la investigación demostró que también el respetabilísimo profesional que acaba de mencionarse, según su honesta declaración de fs. 49 y ss. del cuaderno 5º, elevó cánones de arrendamiento, no solo en poblaciones sino en la ciudad de Bogotá "por compromiso de los propietarios de hacer algunas modificaciones o ampliaciones en los edificios arrendados y por último, cuando por imposibilidad física de movilizar las oficinas públicas instaladas... se llegó a arreglo directo evitando que los propietarios lograran la desocupación del inmueble (sic) con el propósito de hacer reformas o nuevas construcciones a fin de arrendarlos en mejores condiciones".

CARGO VIGESIMO SEPTIMO

Consideraron los denunciantes que es un caso "de favoritismo escandaloso" que el lote de la Nación, situado en la carrera 6ª con la calle 11 —antiguo Palacio de Justicia— esté arrendado al señor Manuel Forero Luque por la irrisoria suma de $ 600.00 mensuales cuando, en su concepto, vale a $ 8.000.00.

Este lote le fue arrendado a Forero en 1953 a $ 1.475.00 mensuales; luego se le quitó la mitad para estacionamiento de vehículos del SIC (enero de 1957) y el canon se redujo a $ 737.50 por mes; en febrero de 1958, el Ministerio de Obras Públicas, le prorroga ese contrato pero al extraño precio de $ 450.00 mensuales, y en abril de 1963, el señor Armando Zabaraín lo hace subir a $ 600.00, suma que seguía pagando Forero Luque, como canon mensual cuando se produjo el denuncio.

Como se ve, el contrato original no lo celebró el indiciado. Puede suceder que su gestión no sea comercialmente afortunada, pero en todo caso, algo mejoró lo anterior y por parte alguna asoma el más leve dato de que "el favoritismo" tenga algún asidero y que se deba a intereses bajos o mezquinos de quien al menos mejoró las entradas de la Nación, si bien no todo lo que desean los denunciantes, tal vez con mejor sentido comercial que el Jefe del Departamento de Servicios Generales.

CARGO VIGESIMO OCTAVO

Concebido así:

"En la esquina de la calle 8ª con la carrera 7ª existe otro lote de muy apreciable extensión, que se utiliza actualmente como parqueadero dotado de diversos servicios, respecto al cual se presenta una situación francamente anormal.

"De nuestras averiguaciones sacamos en conclusión que ese lote lo disfruta la Policía Nacio-

nal, la que lo tiene dado en arrendamiento por suma que no pudimos precisar exactamente pero, que, según los datos recogidos, no pasa de $ 2.000.00 mensuales. Como sabíamos que el lote es de propiedad de la Nación, pedimos al doctor Armando Gómez Latorre dirigiera una nota preguntando las razones por las cuales disfruta de ese lote la Policía Nacional.

"En la nota de respuesta, que tuvimos ocasión de conocer, la Policía Nacional dice que ese lote es de su propiedad, porque le fue cedido o donado, y cita el título correspondiente. Pero al buscar ese título resulta que no hay tal donación, sino todo lo contrario, porque en esa escritura precisamente lo que existe es una dación en pago a la Nación, lo que hace a ésta titular de la propiedad de dicho inmueble.

"Ha habido negligencia en el tratamiento de esta situación, ya que la Nación debe recuperar la posesión y disfrute del lote, para utilizarlo ella misma, en lugar de pagar la suma de $ 5.000.00 mensuales por un lote para Garaje Oficial aquí en Bogotá. O para entregárselo a la Policía Nacional, de ser el caso, para que ésta lo disfrute o lo explote convenientemente, pero mediante la celebración del respectivo contrato".

De la misma redacción del cargo se colige, con claridad diáfana, que no se imputa al indiciado cosa distinta a una negligencia, ya que aquí se ha confundido lo penal con lo meramente administrativo.

No obstante lo anterior, y como la Corte abrió la investigación por todos los cargos, se hizo la pesquisa del caso, resultando "que por escritura pública número 234 de 14 de febrero de 1940 la Nación donó ese lote a la Policía Nacional y que al ser reclamado por uno de los más altos empleados del Departamento de Servicios Generales, el doctor Armando Gómez Latorre, Jefe de la División Administrativa de Inmuebles, la Policía Nacional respondió que debía dirigirse al Ministerio de Guerra y que cuando se hacían las reclamaciones correspondientes se produjo el Decreto 2737 de 5 de noviembre de 1964, destinando el lote al servicio del Ministerio de Guerra, saliendo así del control del Departamento".

En conclusión, ni siquiera aparece "la negligencia" imputada en el denuncio contra el señor Armando Zabaraín.

CARGO VIGESIMO NOVENO

Se afirma que en el Parque Nacional existían, en el momento de formularse el memorial acusatorio, instalaciones que "pueden convertirse en lugar de abusiva ocupación por particulares".

Como casos se traen a cuento el funcionamiento del Colegio "THE PLAY SCHOOL", una caseta de expendio de gaseosas, otro expendio en un kiosko del parque, casetas aledañas a la Ciudad de Hierro para venta de comestibles y bebidas, la Ciudad de Hierro (arrendado el lote a $ 400.00 mensuales) y "algunos ranchitos y pequeñas construcciones en la zona boscosa del parque", resto de instalaciones familiares, "cuya situación ha sido estudiada por el Abogado del Departamento quien ha logrado arreglar algunos casos, subsistiendo otros".

El cargo consiste en que "no se aplica actividad y celo en la defensa del Parque Nacional", lo que no implica la comisión de ningún delito, a pesar de lo cual conviene decir:

The Play School funcionaba a virtud de contrato celebrado en noviembre veinte (20) de mil novecientos sesenta y dos (1962) y firmado por el señor Zabaraín. *Constan memoriales auspiciando el establecimiento como jardín infantil destinado a la clase media y que "ha servido al Ministerio de Educación Nacional y a la Universidad Pedagógica como punto de observación de métodos, procedimientos y sistemas didácticos modernos". Por este contrato, se obtuvo un pago mensual de $ 300.00 cuando antes, a virtud de permiso otorgado en 1957 por el Ministerio de Obras Públicas, venía pagando $ 2.00 mensuales como canon que puede llamarse simbólico* (fs. 48, 49 y 50 del cuaderno 2º).

La Ciudad de Hierro ocupaba un lote del Parque Nacional con pleno derecho, pues el Ministerio de Obras Públicas se lo había arrendado a "Mortoln, Pasmiño Izquierdo y Compañía" en 1946 mediante contrato sucesivamente prorrogado (fs. 54 a 59 id.) *con canon hasta de $ 1.980.00 anuales que se elevó, por convenio de noviembre 15 de 1962, a $ 300.00 mensuales, cuando ya el sindicado ocupaba el cargo tantas veces mencionado.*

Respecto a un kiosko, alquilado a Jesús Salazar, explica el señor Zabaraín que cuando tuvo noticias al respecto, dio órdenes terminantes para su desocupación, y así se hizo (fs. 96).

Sobre otros temas afirma el indiciado:

"Desde hace muchísimos años numerosos colonos vienen establecidos en las faldas de los cerros adyacentes a Monserrate. Cuando la Nación compró los nuevos predios para ampliar el Par-

que Nacional, creo que estos colonos pasaban del contenar. Por intermedio de la Oficina Jurídica, tanto el doctor JORGE CARDENAS GUTIERREZ, como yo, iniciamos gestiones para sacar estos colonos, algunos de los cuales, tienen veinte y más años de estar ahí. Hoy estos colonos han sido reducidos, si mal no recuerdo a unos cuarenta y ocho (48), pese a las dificultades de todo orden, inclusive protección policiva, que ha tenido que afrontar la oficina jurídica. El doctor JOSE J. JIMENEZ, podrá dar informes más amplios sobre el particular".

A fs. 56 del cuaderno 5º consta la morosidad del doctor Jiménez para atender los asuntos a su cargo, no obstante lo cual afirma (véase fs. 194 id) este empleado que logró hacer salir, del Parque Nacional, a la mayoría de los colonos.

A fs. 16 *de esta providencia quedaron explicadas, por el testigo Alberto Domínguez Parra, las demoras en lo relativo a los puestos de fritanga, imputables al abogado del Departamento, doctor José J. Jiménez.*

Beneficiosas, sin duda, para la administración las acusaciones comentadas a lo largo de este auto, *las analizadas en este capítulo no llegan a constituir faltas graves de diligencia pero mucho menos conforman alguna conducta que el señor Armando Zabarain deba explicar en juicio.*

CARGO TREINTA

Es del siguiente tenor su descripción:

"Cuando el avalúo del canon de arrendamiento de un inmueble de propiedad de la Nación es de $ 2.000.00 anuales o más, al otorgamiento del contrato respectivo debe preceder licitación. El avalúo lo llevan a cabo tres peritos, nombrados así: uno por el Ministerio de Hacienda, otro por la Contraloría General de la República y el tercero por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES.

"Para la contratación del terreno "El Salitrico", de cabida aproximada de 57 fanegadas, se procedió de la siguiente manera:

"El señor Oscar Tejada Corredor, Jefe de Inventarios y Contratos del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES, nombrado perito por esta dependencia, se trasladó a Paipa y el 26 de febrero de 1963 hizo el avalúo del canon de arrendamiento. Como no asistieron los peritos del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República, sin que en los antecedentes de esta negociación se ofrezca ninguna explicación para su ausencia, el señor Tejada Corredor designa como peritos al Recaudador de Impuestos y al Recaudador de Rentas Departamentales de Boyacá y fija el canon de arrendamiento en la suma de $ 750.00 mensuales. El 15 de abril del mismo año, el perito del Ministerio de Hacienda resuelve pasar una nota en la que adhiere a ese avalúo.

"NO HUBO LICITACION', así lo atesta paladinamente un informe oficial del doctor Armando Cótnez Latorre, siendo esa licitación imperativa por expreso mandato legal. Y el 2 de marzo siguiente, cuatro días después del avalúo, se da en arrendamiento el terreno al señor Miguel A. Rodríguez. El contrato entró en vigencia el mismo 6 de marzo.

"Esta arbitraria manera de contratar sobre los bienes del Estado, merece ejemplarizante sanción".

A fs. 61 del cuaderno segundo consta lo siguiente:

"En la ciudad de Paipa, a veintiséis de febrero de mil novecientos sesenta y tres, llegó el Representante del Departamento Administrativo de Servicios Generales, para efectuar la diligencia y fijar el canon de arrendamiento mensual en la Hacienda el "Salitrico", de la Nación y éste habiendo hecho oficios a la Contraloría General de la República, y al Ministerio de Hacienda, para que nombraran sus respectivos peritos de las diferentes Dependencias, y de común acuerdo fijaron el día señalado para trasladarse a la ciudad de Paipa, el 26 de febrero de 1963, y esperando el Delegado del Departamento Administrativo de Servicios Generales, hasta las tres de la tarde, resolvió nombrar en representación de éstos al señor Recaudador de Impuestos Nacionales señorita María Rosana Ramírez R., y Roberto Herrera, Recaudador de Rentas Departamentales en compañía del señor Alcalde de la ciudad para que éstos en compañía del Delegado del Departamento Administrativo de Servicios Generales, procedieran a efectuar el canon de arrendamiento de la Hacienda el "Salitrico", Departamento de Boyacá, debido al interés que tienen los agricultores para explotar dicha Hacienda, por ser el tiempo oportuno, para principiar la preparación de dichas tierras.

"Enterado de esta situación el Delegado del Departamento Administrativo de Servicios Generales, procedió a trasladarse a la Hacienda mencionada y fijaron un canon de arrendamien-

lo de SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 750.00) mensuales.

"Queda en licitación abierta para los aspirantes que quieran la adjudicación de ésta, rendir un informe al Departamento de Servicios Generales, dando los siguientes datos:

"1.—Situación Económica.

"2.—Información Bancos.

"Queda abierta esta licitación sin carteles murales en la ciudad de Paipa, y para su información podrán dirigirse al señor Alcalde, a la Recaudadora de Impuestos Nacionales y al Recaudador de Rentas Departamentales.

"Dado en la ciudad de Paipa, en la Alcaldía Municipal, a veintiséis días de febrero siendo las cinco p. m.

"El Delegado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República,

"OSCAR TEJADA (Fdo.)

"El Alcalde Municipal, OROMARIO LOPEZ M.

"El Recaudador de Impuestos Nacionales, MARIA ROSANA RAMIREZ R.

"El Recaudador de Rentas Departamentales, "ROBERTO HERRERA.

"En Bogotá, a quince (15) de abril de mil novecientos sesenta y tres (1963), el suscrito, en su calidad de perito designado por el Ministerio de Hacienda, para intervenir en la fijación del canon del inmueble de propiedad nacional situado en el Municipio de Paipa y denominado "EL SALITRICO", y en atención a haberse trasladado personalmente el día primero (1º) del corriente mes, manifiesta: "He visitado la finca materia del avalúo, con los linderos que aparecen en el respectivo título, y en atención a su extensión, localización y circunstancias especiales de vías de acceso, considero que el canon de $ 750.00 mensuales, es el justo para el arrendamiento de la finca materia de mi concepto. Dejo constancia que mi traslado en día diferente al de la visita de los demás peritos se debió a la imposibilidad, por razones de otras actividades en el Ministerio de Hacienda, pero que adhiero a las consideraciones formuladas por los peritos en la diligencia del 26 de febrero de 1963.

"JORGE GONZALEZ GAITAN

C. de C. Nº 9281 de Bogotá".

Dice el sindicado:

"El día veinticuatro (24) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963) se recibió el oficio número 520 del Ministerio de Salud Pública dándonos cuenta de que el señor GABRIEL JIMENEZ CADENA quien tenía arrendada la hacienda El Salitrico en Paipa (B.) la había abandonado. En vista del peligro en que se encontraba la finca, de ser invadida por colonos, quedando en peligro la propiedad de la Nación, se procedió a enviar a los señores JAIME GOMEZ RAMIREZ y OSCAR TEJADA a Paipa para recibir la hacienda antes mencionada, quienes recibieron la hacienda el veintiúno (21) de enero, firmándose una acta por el señor Alcalde Municipal, la Recaudadora de impuestos y los comisionados. Es de anotar que en ese momento la finca se encontraba en el más absoluto abandono, sin celador, con las cercas destruídas, la casa cayéndose y expuesta a toda clase de invasiones como lo constataron los funcionarios de Paipa y los comisionados. El día veintitrés de febrero, se llevó a cabo la diligencia para establecer el canon posible en la cual participaron el Alcalde Municipal, el Recaudador de Hacienda Nacional, el Recaudador de Rentas Departamentales y el comisionado señor OSCAR TEJADA. El comisionado del Ministerio de Hacienda quien no pudo llegar a tiempo a la diligencia se trasladó posteriormente a Paipa y se adhirió al peritazgo. Entregó al señor Juez copia del acta. El indagado entrega en dos fjs. utls. la copia a que se refiere en dos fjs. utls., la que se agrega a esta diligencia. SIGUE DICIENDO: Cabe advertir que en vista del peligro en que se encontraba la finca, el señor Alcalde Municipal OROMARIO LOPEZ M., la Recaudadora de impuestos MARIA ROSANA RAMIREZ, el Recaudador de Rentas, don ROBERTO HERRERA, y el señor OSCAR TEJADA, seguramente con absoluta buena fe, en guarda de los intereses del Estado y en vista de las dificultades existentes, procedieron a celebrar el acta de avalúo. No se por qué causa el señor HERRERA, no asistió. El contrato con el señor MIGUEL RODRIGUEZ, se hizo ciñéndose al peritazgo y con el objetivo primordial de salvaguardiar los intereses del Estado. De no haberlo hecho y haber sido invadida la finca por colonos, seguramente estaríamos ahora acusados por negligencia. El contrato me fue enviado a la firma por la División de Inmuebles con concepto favorable del abogado funcionario del DASC, doctor RAFAEL BARRERA y por eso lo firmé".

Tejada, por su parte, pretende haber salvaguardado con su actuación los intereses de la Nación haciendo elevar el canon de arrendamiento de "El Salitrico", de $ 400.00 a $ 750.00 mensuales.

Jaime Gómez Ramírez, acompañante de Tejada en el viaje y diligencias de que se trata, confirma lo expresado por éste, el abandono de esa finca por falta de quién la administrara, la caída de dos de sus casas y la inexistencia de colonos (fs. 277 y vto., cuaderno 5º).

Estas irregularidades recaen sobre Oscar Tejada y debe ampliarse su investigación para que se sepan, si es posible, los móviles de sus actos, que pueden entrañar un grave delito. Pero con respecto a Zabaraín habrá de sobreseerse como lo solicita el Ministerio Público en diserto resumen, concebido así:

"Respecto de eso hecho, Armando Zabaraín da una explicación suficiente, ya que sí hubo avalúo (fl. 61 del 2º cuad.), y se dispuso la licitación y dado que el doctor Gabriel Jiménez Cadena, antiguo arrendatario abandonó el inmueble, se hizo lo necesario para evitar tal abandono, siendo el contrato de arriendo celebrado con don Miguel Rodríguez Vásquez, imputable tan sólo al señor Oscar Tejada quien lo celebró, y al Jefe de la División de Inmuebles, *ya que Armando Zabaraín nada tuvo que ver al respecto*".

CARGO ULTIMO

Por haber descompuesto el primero en dos, aparecen treinta y un cargos con el que sigue, siendo así que los denunciantes formularon treinta.

Es este el entorpecimiento de la investigación realizada por los parlamentarios.

Es posible —pero no lo dice el proceso— que ellos hayan sentido, inicialmente, algún ambiente de reticencias o algo de poca franqueza, situación explicable si se tienen en cuenta ciertas circunstancias un poco ajenas a los autos. Pero, según lo dice la Procuraduría Delegada, los documentos que obran en el proceso, suministrados por el señor Zabaraín, demuestran, como sus indagatorias, que no puede imputársele ese entorpecimiento y que su colaboración, en cambio, muchas veces existió.

RESOLUCION:

En mérito de todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, oído y acatado en lo fundamental el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor de Armando Zabaraín por los cargos que le fueron hechos en el ameritado denuncio y que han sido analizados en la parte motiva de este proveído.

Ordena sacar copias separadas de lo conducente, según señalamiento que hará el Ponente a la Secretaría, para que se investiguen los cargos que resultan: a) Contra Maximio Visbal, quien fue indagatoriado en este proceso; b) Contra Armando Restrepo y Oscar Tejada por el cargo numerado en este auto con el ordinal noveno, y c) Contra Oscar Tejada por los señalados, también en esta providencia, en la página 127 (cargos décimo tercero a vigésimo quinto —noveno), y en la 134 (cargo treinta).

Los tres expedientes iniciales, con dichas copias encabezadas por la pertinente de este auto, se enviarán a los Jueces Penales Municipales de Bogotá para efectos del reparto.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

1.—La Corte tiene dicho y repetido que "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". En otros términos: al procesado o condenado se le faculta ampliamente para que demuestre su inocencia. Por ello, cuando de manera absoluta se quita o suprime la facultad de defensa, se está violando el mandato de la Carta, de acuerdo con el cual "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".

2.—La Corte también ha indicado que la defensa se debe entender en dos sentidos: Desde el punto de vista material y en el campo formal. La primera la ejerce el ciudadano acusado, al recibir notificaciones, hacer manifestaciones, producir declaraciones, guardar silencio, etc.—La segunda es la que se confía al abogado, el que por sus conocimientos jurídicos, tiene la capacidad suficiente para demostrar que el hecho imputado no es delito, o que quien lo cometió no es responsable del mismo, por encontrarse en uno de los casos de exención de responsabilidad o de justificación del hecho, o bien que el procesado obró en una de aquellas situaciones en que la imputabilidad psíquica o moral está disminuida por circunstancias especialmente previstas en la ley.

Igualmente se ha observado que si falta la defensa, bien sea la material, porque al reo no se le dio a conocer la marcha del proceso, o la formal porque el abogado defensor se abstuvo de actuar en la defensa de su patrocinado, se habrá violado el mandato constitucional, que impone la observancia de las formas propias de cada juicio, y a la vez, se habrá desatendido el contenido de los arts. 104, 107, 433 y 433 del Código de Procedimiento Penal.

3.—La defensa del procesado tiene su más cabal expresión durante la causa, por lo que no procede hablar de nulidades constitucionales o de violaciones del art. 26 de la Carta como cometidas durante la primera etapa del proceso penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diecinueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Cumplidos los trámites propios del recurso de casación, se procede a resolver el propuesto por el procesado MARCELINO CASTRO CARO contra la sentencia de 14 de octubre de 1964 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la que se condenó al recurrente, al revisar y reformar el fallo de primer grado, a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio consumado en la señora María Manuela Avila de Rincón.

ANTECEDENTES.

Los hechos originarios de la investigación los resume el a-quo así en el auto de proceder:

"María Manuela Avila de Rincón, esposa de Alejandro Rincón Ortiz, se había separado de éste hace mucho tiempo. El domingo 15 de febrero de 1960, salió de su casa de la finca "El Retiro", fracción de "Alto de Icononzo", hacia la cabecera de este municipio, a caballo y en compañía de su sobrina Elizabeth Pabón, y después de recorrer cuadra y media en forma intempestiva recibió un disparo de arma de fuego del lado derecho del camino, en momentos en que iba a pocos pasos adelante su citada sobrina, lo que hizo que la víctima pronunciara un "ay" prolongado, y como su compañera o sea Elizabeth volteara a mirar hacia el sitio de procedencia del disparo, pudo ver en ese momento a un sujeto dentro del rastrojo, a quien le pudo observar únicamente la cara y la cabeza, motivo por el cual se dio cuenta que era un hombre blanco, narigón y que portaba un sombrero "verde desteñido". Luego Elizabeth apresuró el paso,

con ánimo de alcanzar a su hermano Nacianceno Pabón, quien iba adelante acompañado de Luis Cárdenas llevando en un animal una carga de café, y al recibir los mencionados Pabón y Cárdenas el aviso de lo ocurrido apresuraron su marcha para dar cuenta inmediata a las autoridades de Iconozo, habiendo concurrido en seguida al lugar de los acontecimientos cinco unidades de las fuerzas de Policía, encabezadas por el Cabo de dicha Institución señor Luis Gonzaga Salazar, quienes con base en los datos suministrados allí por Elizabeth siguieron los rastros del homicida y capturaron luego en una casa ubicada a dos cuadras de distancia del lugar del crimen a Marcelino Castro Caro, sujeto que al sentirse descubierto trató de moverse para huir, luego pretendió taparse la cara, y por último al verse detenido pidió permiso para tomar una ruana del interior de la habitación, oportunidad en la cual su escolta encontró en la pieza una escopeta de fisto "hechiza", recién disparada y al lado un carriel de piel de zorro con tirante de fique, en donde halló pólvora, munición, tacos de fique, y una jineta de las que usan algunas unidades del ejército nacional, y al ser conducido y capturado al teatro de los acontecimientos, la testigo Pabón lo señaló como el autor del disparo".

Sobre la actuación procesal anterior a esa providencia conviene recordar lo que esta Sala expresa en su fallo de 19 de diciembre de 1962, a saber:

"Iniciada la investigación por la Alcaldía Municipal de Iconozo, el 15 de febrero de 1960, fue adelantada y perfeccionada por el Juez 176 de Instrucción Criminal, habiéndole correspondido el conocimiento, por reparto, al Juez Primero Superior de Ibagué, quien por auto de 3 de mayo de 1960, avocó el conocimiento del negocio y dispuso tramitarlo de acuerdo con el procedimiento excepcional establecido por el Decreto extraordinario número 0012, de 4 de junio de 1959. Este mismo funcionario designó como defensor de oficio del sindicado Castro Caro, al abogado doctor Gonzalo Rodríguez, quien tomó posesión del cargo el 19 de mayo de 1960 (Cd. 1º fl. 92), y a pesar de que no actuó en la primera instancia, el Tribunal Superior de Ibagué, dispuso, por providencia del 14 de febrero de 1961, que la defensa continuara a su cargo en el trámite de la segunda instancia.

"Después de algunas incidencias procesales, en que el juez del conocimiento cerró y reabrió la investigación para la práctica de algunas pruebas solicitadas por el propio sindicado y por el señor Fiscal, aquel funcionario, en auto del 4 de noviembre de 1960, cerró nuevamente la investigación y dispuso poner los autos a disposición de las partes, por el término de tres días, para que formularan sus alegatos de conclusión. Durante el término para alegar, ningún memorial presentó el defensor de oficio; solamente el propio sindicado Castro Caro presentó un corto y mal redactado alegato, firmado a ruego por José Rubén María Cruz, por no saber aquél firmar, según se hizo constar al pie de dicho escrito. El Fiscal reprodujo el concepto que había rendido anteriormente, que obra a folios 94 a 97 del cuaderno principal, en el que, después de hacer un breve análisis probatorio, solicitó se dictara sentencia condenatoria en contra del sindicado Marcelino Castro Caro, se absolviera al sindicado Isidro Torres Martínez y se sobreseyera temporalmente a Alejandro Rincón y Ovidio Parra, "por no haber pruebas para condenarlos".

"El Juez Primero Superior de Ibagué, en fallo de primera instancia, fechado el 12 de diciembre de 1960, resolvió:

"'PRIMERO: — CONDENAR al sindicado Marcelino Castro Caro..., a la pena principal de quince años de presidio..., por el delito de "HOMICIDIO" en la persona de María Manuela Avila de Rincón.

"'SEGUNDO:—Condenarlo igualmente a las siguientes penas accesorias (se enumeran).

"'TERCERO:—ABSOLVER a los sindicados Isidro Torres Martínez, Alejandro Rincón y Ovidio Parrado...

"' ..... '"

"Contra la sentencia de primera instancia interpuso recurso de apelación el acusado Castro Caro, en el momento en que se le hizo la notificación personal de ella.

"Concedido el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, y enviado el negocio al Tribunal Superior de Ibagué, dicha Corporación lo confirmó en sentencia del 28 de septiembre de 1961, contra la cual el reo Castro Caro interpuso recurso de casación". ...".

Este recurso que el demandante de entonces fundó en las causales cuarta y segunda del artículo 567 del Código de P. Penal, en la primera alegando una nulidad constitucional que hizo consistir en que su poderdante careció de la garantía de una efectiva defensa en el juicio, lo decidió la Corte en conformidad con esa ta-

cha, mediante el citado fallo de 19 de noviembre de 1962, en que invalida parcialmente la sentencia recurrida y declara nulo lo actuado desde el auto de 4 de julio de 1960 que clausuró de nuevo la investigación, a fin de que se repusiera el procedimiento, "aplicando el actualmente vigente", esto es, el común.

Recibido por el juez del conocimiento el negocio, en obedecimiento a lo así resuelto, por auto de 29 de enero de 1963 torna a declarar cerrada la investigación. Este auto fue notificado personalmente al Ministerio Público y al procesado y por estado a quien venía figurando como apoderado suyo.

Consta igualmente que antes de calificarse el mérito de dicha investigación, el sindicado confirió poder para que lo representara al doctor Fernando Paz Ayala cuya personería se reconoció por auto de 20 de febrero de 1963.

El doctor Paz Ayala tomó posesión de su cargo el 8 de marzo siguiente.

El 7 de junio del mismo año se llamó a responder en juicio a Castro Caro mediante providencia que le fue notificada personalmente. Al recibirla designó como su defensor al ya mencionado doctor Paz. Posesionado éste, se le notificó también personalmente dicha providencia que consintieron todas las partes.

Abierto el juicio a prueba por auto de 3 de julio que se les notificó en igual forma, ni mandante ni mandatario solicitaron ninguna.

Tras algunas incidencias, se celebró la audiencia pública y se propuso al jurado el cuestionario que debía absolver. En tal acto el acusado estuvo asistido por su defensor. Según aparece del acta pertinente, hubo un amplio debate probatorio. El Ministerio Público concluyó su exposición pidiendo un veredicto condenatorio. La defensa, por su parte, sostuvo la tesis de la ineficacia de todas las pruebas que se adujeron contra su patrocinado. Terminó su análisis solicitándole al jurado que contestara ese cuestionario negativamente. Por mayoría de votos lo fue en esta forma: "Sí es responsable".

El a-quo no halló que ese veredicto fuera claramente contrario a la evidencia de los hechos y con fundamento en él, profirió la correspondiente sentencia condenatoria.

Apelada ésta por el procesado y su defensor, el Tribunal tampoco encontró que aquella respuesta riñera con la realidad procesal, y al revisar ese fallo, lo reformó mediante el suyo en el sentido que ya se indicó, esto es, rebajando de dieciséis a quince años de presidio, la pena principal impuesta por el a-quo.

El procesado interpuso contra esta sentencia recurso de casación que le fue concedido nombrando posteriormente para sustentarlo— al mismo abogado que llevó su personería la primera vez.

DEMANDA Y RESPUESTA

En el libelo se aduce contra dicho fallo la causal prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal "por ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haber sido dictada dentro de un proceso viciado de nulidad".

Como demostración del cargo, se refiere el demandante a la situación que contempló la Sala al desatar el anterior recurso.

Afirma luego que, no obstante lo que entonces resolvió la Corte, el Juzgado del conocimiento nada hizo; que si aquélla anuló la actuación desde el auto de cierre de la investigación, fue para que se corrigieran las fallas de que adolecía el sumario a fin de no hacer nugatorio el derecho de defensa del sindicado; que el auto en que se declaró de nuevo cerrada la investigación no se le notificó al apoderado de Castro Caro; que al resolver el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, actuó como Magistrado Ponente el doctor Hernando Saavedra Robles quien estaba impedido para ello por ser hermano del Fiscal del Juzgado del conocimiento que solicitó el llamamiento a juicio; que en vista de todo esto, "Marcelino Castro no tuvo defensa real y efectiva en las etapas importantes del proceso", y concluye:

"No se han cumplido las formas procesales como lo ordena el artículo 26 de la Carta Fundamental y por lo mismo el proceso quedó viciado de nulidad. Como ese vicio es anterior a la sentencia de segunda instancia, ésta fue proferida en un proceso viciado de nulidad y es por lo mismo violatoria de la ley procedimental".

Igual cosa opina el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Se considera:

1. La Corte tiene dicho y repetido que "el derecho de defensa es facultad conferida al sujeto pasivo de la acción penal, y al propio tiem-

po, requisito impuesto por la ley, en guarda de las garantías que la Constitución otorga al ciudadano". En otros términos: al procesado o condenado se le faculta ampliamente para que demuestre su inocencia. Por ello, cuando de manera absoluta se quita o suprime la facultad de defensa, se está violando el mandato de la Carta, de acuerdo con el cual "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".

2. También ha indicado la Corte que la defensa se debe entender en dos sentidos: Desde el punto de vista material y en el campo formal. La primera la ejerce el ciudadano acusado, al recibir notificaciones, hacer manifestaciones, producir declaraciones, guardar silencio, etc. La segunda es la que se confía al abogado, el que, por sus conocimientos jurídicos, tiene la capacidad suficiente para demostrar que el hecho imputado no es delito, o que quien lo cometió no es responsable del mismo, por encontrarse en uno de los casos de exención de responsabilidad o de justificación del hecho, o bien que el procesado obró en una de aquellas situaciones en que la imputabilidad psíquica o moral está disminuida por circunstancias especialmente previstas en la ley.

3. Igualmente se ha observado que si falta la defensa, bien sea la material, porque al reo no se le dio a conocer la marcha del proceso, o la formal porque el abogado defensor se abstuvo de actuar en la defensa de su patrocinado, se habrá violado el mandato constitucional, que impone la observancia de las formas propias de cada juicio, y a la vez, se habrá desatendido el contenido de los artículos 104, 107, 432 y 433 del Código de Procedimiento Penal.

4. En el caso sub-judice no aparece que el recurrente hubiera carecido de dicha defensa desde el punto de vista material. Las críticas del demandante se refieren a la defensa formal tanto en la etapa del sumario como en la del juicio. El fallo de invalidación a que él alude, dado el procedimiento especial imperante cuando se profirió la sentencia a que dicho fallo se contrajo, tenía que referirse por fuerza a aquella primera etapa. Al anular la actuación desde el momento que se señala en él, dejando intacta la actuación procesal anterior y ordenando que el proceso se orientara por los trámites ordinarios, lo que quiso la Corte fue brindarle al procesado en las actuaciones subsiguientes la oportunidad de una efectiva y plena defensa.

5. Sin embargo, ya se ha visto cómo en la nueva etapa, le fueron notificados a aquel, personalmente, todos los autos. Lo mismo a su defensor, excepción hecha del en que se declaró cerrada la investigación, que lo fue por estado a su anterior apoderado. Ni uno ni otro interpusieron ningún recurso contra ellos. Consintieron el auto de proceder. Abierto el juicio a prueba, no solicitaron ninguna. Pero consta igualmente que en la audiencia pública el acusado estuvo asistido por su defensor y que éste hizo todo lo posible por destruir la prueba de incriminación y demostrar que Marcelino Castro Caro no era responsable del delito que se le atribuía.

En tales circunstancias resultan ineficaces las alegaciones del actor.

6. Conviene repetir una vez más en relación con las críticas de éste en cuanto al sumario se refieren, que orientado el proceso a raíz del primer fallo de la Corte por el procedimiento ordinario, la defensa del procesado tiene su más cabal expresión durante la causa, por lo que no procede hablar de nulidades constitucionales o de violaciones del artículo 26 de la Carta como cometidas durante la primera etapa del proceso penal.

Y en relación con la segunda es necesario recalcar también que la principal labor de la defensa en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, se cumple precisamente durante la celebración de la audiencia pública en la que formalmente se concreta y se define.

Inane, por consiguiente, resulta la causal invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, NO CASA la sentencia recurrida y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
NUEVA SERIE DE GACETA

CUESTIONARIOS SOMETIDOS AL JURADO.— VEREDICTO.—NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.

El veredicto proferido no da motivo a la causal tercera de casación porque la única respuesta, simplemente afirmativa, a que él corresponde, no puede razonablemente suscitar incertidumbre acerca del contenido intrínseco de la decisión del tribunal popular. Y tampoco da pie para considerar que una sola respuesta no comprende los dos interrogantes que integran el único cuestionario propuesto.

El propio Código de Procedimiento, en su art. 500 (29 de la Ley 4ª de 1943) le quita todo piso a la argumentación hecha por el señor apoderado del recurrente, pues si, conforme a dicho artículo, con un sí o con un no es como deben contestar los jueces de conciencia el cuestionario o los cuestionarios que se les formulen (a no ser que consideren "que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario"), el sí rotundo expresado en el caso de autos es bastante para comprender que para el Jurado el acusado es autor de un homicidio que fue cometido abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido. Y si el Tribunal lo condena como autor de un homicidio voluntario agravado, ningún desacuerdo se evidencia entre la sentencia y el veredicto.

Cuestionario, uno solo fue el formulado. Una sola respuesta, por tanto, debía darse y se dio efectivamente. Cuestionario es, etimológicamente hablando, una lista de cuestiones que se proponen con determinado fin. Si esa lista o esas dos cuestiones que integran el cuestionario redactado por el Juez de la causa, fueron respondidas del modo exigido por el art. 500, el reparo hecho en la demanda obviamente resulta desalinado e impertinente. En manera alguna el Jurado debía dar dos respuestas, porque dos no fueron los cuestionarios propuestos.

Acerca del mismo particular, no sobra agregar, que, de acuerdo con las prescripciones legales, esto es, con el sistema de la Ley 4ª de 1943, un solo cuestionario debía ser formulado al Jurado, incluyendo en él la pregunta sobre la responsabilidad del hecho motivo del enjuiciamiento, con determinación de las circunstancias que lo constituyen.

El mismo Código de Procedimiento Penal determina cuándo se deben proponer varios cuestionarios, y en el caso de autos no se está en presencia ni del evento que contempla el segundo inciso del art. 28 de la ley antes citada, o sea, ante las circunstancias previstas en el art. 29 del Código Penal, ni en aquél a que alude el art. 502 del Código de Procedimiento Penal para cuando sean varios los delitos o uno solo y varios los sindicados.

No obstante, la misma Corte tiene sentado en relación con este último evento que aún tratándose de varios delitos cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir el Jurado, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la comisión de varias preguntas en el cuestionario no es constitutiva de nulidad; que cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del Jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron a un tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar una nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en este caso, una omisión por la pretermisión de formalidades externas o escritas, pero no una nulidad (Sent., 7 de febrero de 1948, LXV, 75).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diecinueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Cumplidos los trámites propios del recurso de casación, se procede a resolver el interpuesto por el procesado JESUS MARIA PAREJA MONTOYA contra la sentencia de 28 de enero de 1965

del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en la que se confirma la de 9 de septiembre anterior del Juzgado Primero Superior del mismo Distrito que le condenó a la pena principal de quince años de presidio y a las anexas del caso, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Luis Madrid González.

ANTECEDENTES

Los hechos originarios del negocio tuvieron su ocurrencia —como se dice en el fallo del a-quo— en la cabecera del hoy municipio de "La Celia" (Cds.) el día 16 de marzo de 1960, entre las nueve y las nueve y media de la mañana.

Según se ha resumido en distintas piezas procesales, en el lugar y día indicados se encontraba el señor Luis Madrid González haciendo examinar un motor para despulpar café, cuando en forma repentina llegó a la puerta del establecimiento el señor Jesús María Pareja y desde la calle le disparó intempestivamente al señor Madrid, causándole la muerte.

El procesado fue, por tal hecho, llamado a responder en juicio en auto de 18 de junio de 1962, en el que se relacionan las pruebas demostrativas del cuerpo del delito, lo mismo que las que señalan a Pareja Montoya como autor de él, esto es, "de un homicidio agravado, toda vez que para consumar el asesinato en la persona del señor Luis Madrid González, lo hizo a mansalva o sobre seguro, habiendo cogido a la víctima totalmente desprevenida, indefensa y sin riesgos para la vida del agresor...".

El Tribunal, al revisar por apelación, esa providencia, la confirmó mediante la suya de 21 de octubre siguiente. En su parte motiva se ratifica así la calificación específica que del hecho se hizo en aquélla:

"Respecto a las circunstancias que agravan el ilícito... anotadas por el a-quo, son correctas y ajustadas a la realidad procesal y por ello ningún reparo tiene la Sala para hacerles".

Abierto el juicio a pruebas, no se solicitó ninguna. Y al celebrarse la audiencia pública se propuso, en conformidad con los cargos formulados en el auto de proceder, el cuestionario que debía absolver el jurado y que se redactó así:

"CUESTION UNICA.—El procesado JESUS MARIA PAREJA MONTOYA..., es responsable penalmente SI o NO de haber dado muerte con intención de matar y mediante disparos propinados con arma de fuego (revólver), al señor LUIS MADRID GONZALEZ, hecho que tuvo su ocurrencia en la cabecera del hoy municipio de "La Celia", el día 16 de marzo de 1960, entre las nueve y las nueve y media de la mañana, habiendo fallecido el ofendido en el mismo sitio de los hechos, y el procesado cometió su acto abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido?

En tal acto hubo un amplio debate probatorio. A las tesis del Ministerio Público, la defensa contrapuso las suyas. Aquél pidió que dicha cuestión fuera contestada afirmativamente. Esta, en una de las siguientes formas:

"No porque no existe plena prueba de responsabilidad; 2º No porque existe un solo testimonio y éste es sospechoso, y finalmente, si pero de homicidio simple".

Por unanimidad el jurado la respondió así: "Sí es responsable".

Acogido por los juzgadores de instancia ese veredicto, se profirieron, con fundamento en él, los fallos de que se hizo mención al principio.

DEMANDA Y RESPUESTA

El actor aduce contra la sentencia recurrida la causal prevista en el ordinal 3º del artículo 567 del Código de P. Penal. Sostiene que no está en consonancia con el veredicto del jurado.

Al efecto dice:

"El Juzgado Primero Superior de Pereira sometió a la consideración del jurado lo que llamó la "cuestión única" (ver fl. 291). Evidentemente en esta pregunta hay dos interrogantes a saber: 1º) El procesado Jesús María Pareja Montoya es responsable penalmente sí o no de haber dado muerte con intención de matar al señor Luis Madrid González? 2º El procesado cometió su acto abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido?

"Al pie del mismo folio el jurado escribió la siguiente respuesta: "Sí es responsable" y nada más. Entonces, el jurado solamente respondió la primera pregunta. Integrando la respuesta del jurado en concordancia con los términos de la "cuestión única" que le fue sometida, se tiene que únicamente respondió esto: "El procesado Jesús María Pareja sí es responsable de haber dado muerte con intención de matar al señor Luis Madrid González". Se observa, por lo tanto, en el folio 291 que la segunda pregunta no

fue contestada, puesto que para que ésta quedara contestada el jurado tenía que decir: "Sí es responsable y el procesado cometió su acto abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido". Esto fue precisamente lo que omitió el jurado...".

Y como esa pregunta no fue contestada así y los juzgadores de instancia fallaron como si lo hubiera sido, concluye que la sentencia del Tribunal está en desacuerdo con el veredicto y que, por consiguiente, se está en presencia de la causal de casación que invoca.

El Ministerio Público solicita que se deseche el recurso por cuanto dado el planteamiento que el actor hace para sustentarlo, resulta antitécnico aducir en vez de la causal cuarta, la tercera, "pues en el supuesto de ser cierto que el fallo de hecho ha debido contener dos respuestas y no una sola, ese mismo fallo sería ineficaz y, de consiguiente, nulo, dando, por lo mismo asidero a la denuncia de un quebrantamiento de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, quebrantamiento generador de una nulidad supra-legal, porque no habiendo afirmado expresamente el jurado la existencia de la circunstancia consistente en abusar el homicida de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, no era viable condenar a Pareja Montoya conforme a lo dispuesto en el artículo 363 del Código Penal".

Y, además, por las razones que en seguida se expresan y que se refieren a las que aduce el demandante en su empeño de hacer ver que prospera la causal tercera.

En tal orden de cosas —dice el Procurador en concepto que la Sala acoge como fundamento de esta decisión—, se afirma que con el único cuestionario que fue sometido a la consideración del jurado, no se trata propiamente de la acumulación, en una sola fórmula, de cargos de distinta naturaleza y, mucho menos, de la reunión de circunstancias determinantes de la responsabilidad penal con las que la excluyen o atenúan.

Como de ello no se trata, no es, por tanto, el caso de admitir como insuficiente, para conocer el criterio adquirido por los jueces de conciencia que intervinieron en el proceso, el hecho de que los mismos hubieran dado una sola respuesta, consistente en un simple sí, desde luego que ese sí en manera alguna implica una incompleta solución a los dos interrogantes hechos sobre materias que no son ni disímiles ni contrapuestas.

El veredicto proferido no da motivo a la causal tercera de casación, porque la única respuesta, simplemente afirmativa, a que él corresponde, no puede razonablemente suscitar incertidumbre acerca del contenido intrínseco de la decisión del tribunal popular. Y tampoco da pie para considerar que una sola respuesta no comprende los dos interrogantes que integran el único cuestionario propuesto.

El propio Código de Procedimiento, en su artículo 500 (29 de la Ley 4ª de 1943), le quita todo piso a la argumentación hecha por el señor apoderado del recurrente, pues, si conforme a dicho artículo, con un *sí* o con un *no*, es como deben contestar los jueces de conciencia el cuestionario o los cuestionarios que se les formulen (a no ser que consideren "que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario"), el sí rotundo expresado en el caso de autos es bastante para comprender que para el jurado, el acusado (Jesús María Pareja) es autor de un homicidio que fue cometido abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido. Y si el Tribunal lo condena como autor de un homicidio voluntario agravado, ningún desacuerdo se evidencia entre la sentencia y el veredicto.

Cuestionario, uno solo fue el formulado. Una sola respuesta, por tanto, debía darse y se dio efectivamente. Cuestionario es, etimológicamente hablando, una lista de cuestiones que se proponen con determinado fin. Si esa lista o esas dos cuestiones que integran el cuestionario redactado por el juez de la causa seguida a Jesús María Pareja Montoya, fueron respondidas del modo exigido por el artículo 500, el reparo hecho en la demanda obviamente resulta desatinado e impertinente. En manera alguna el jurado debía dar dos respuestas, porque dos no fueron los cuestionarios propuestos.

Acerca del mismo particular, no sobra agregar, que, de acuerdo con las prescripciones legales, esto es, con el sistema de la Ley 4ª de 1943, un solo cuestionario debía ser formulado al jurado, incluyendo en él la pregunta sobre la responsabilidad del hecho motivo del enjuiciamiento, con determinación de las circunstancias que lo constituyen.

Añade a esto la Sala que el mismo Código de Procedimiento Penal determina cuándo se deben proponer varios cuestionarios, y en el caso de autos no se está en presencia ni del evento que contempla el segundo inciso del artículo 29 de la ley antes citada, o sea, ante las circunstan-

cias previstas en el artículo 29 del Código Penal, ni en aquél a que alude el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal para cuando sean varios los delitos o uno solo y varios los sindicados.

No obstante, la misma Corte tiene sentado en relación con este último evento que aún tratándose de varios delitos cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir el jurado, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en el cuestionario no es constitutiva de nulidad, y que cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron a un tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar una nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en este caso, una omisión por la preterm isión de formalidades externas o escritas, pero no una nulidad (Sent., 7 febrero 1948, LXV, 75).

Empero, en este caso, por ser uno el delito y uno el sindicado, ni aún esa omisión podría alegarse. Uno tenía que ser el cuestionario y comprender la totalidad del cargo formulado en el auto de proceder. Una por consiguiente también la respuesta.

Inadmisible resulta, pues, el recurso por cualquier aspecto que se le considere.

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 Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto en el presente caso y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francsco López Cruz., Secretario.

FALSEDAD Y ESTAFA

Infracción directa e indirecta de la ley penal sustantiva.—El instrumento público y el instrumento negociable, respecto a autenticidad, tienen una misma categoría y en la esfera de la protección penal deben recibir el mismo tratamiento.—Equiparación consagrada en el art. 233 del C. P.—Improcedencia de las nulidades alegadas dentro de la causal primera de casación.—La cuantía no constituye elemento estructural en los delitos contra la propiedad.—La Sala ratifica su constante doctrina sobre el error de hecho en casación.

1.—Conforme al numeral 1º del art. 56 del Decreto extraordinario 528 de 1964, en el que quedaron inmersos los motivos de casación que el Código de Procedimiento Penal consagraba en los ords. 1º y 2º de su art. 567, la "ley sustancial" puede infringirse de manera directa o por indirecto modo. Constituyen hipótesis de quebrantamiento por la vía directa, las siguientes: a) la norma legal se interpreta por el fallador en forma contraria a sus términos; b) la interpretación de aquélla es correcta, pero se aplica a un caso que no es el contemplado en el proceso, y c) la ley, también rectamente entendida, se deja de aplicar a la cuestión sub judice. El quebrantamiento por vía indirecta se origina en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de determinada prueba, error que puede ser de derecho o de hecho, el cual debe ser ostensible o manifiesto. El error de derecho en la apreciación probatoria —ha dicho la Corte— implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba. El error de hecho solo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta.

2.—Importa recordar que la cuantía, en los atentados contra la propiedad no constituye elemento estructural de la infracción, porque, como es casi intuitivo, siempre que la cosa sobre que verse la actividad incriminada tenga valor económico, surge la figura delictuosa.

3.—Ratificando una doctrina constante de esta Sala, debe expresarse que el error de hecho en la apreciación de la prueba, a que se refiere el segundo cuerpo del ordinal primero del art. 56 del Decreto 528 de 1964, es el error patente, ostensible o grave, y en manera alguna la simple disparidad de criterios entre el actor y la sentencia acusada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y nueve de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *ALBERTO TOBON PALACIO* contra la sentencia de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de acuerdo con el respectivo Agente del Ministerio Público, lo condenó, como responsable de los delitos de *falsedad* y *estafa*, a la pena principal de cinco (5) años de presidio, más las accesorias consiguientes, y, en abstracto, al "pago de los perjuicios materiales y morales" causados por las referidas infracciones.

ANTECEDENTES

El once de julio de mil novecientos sesenta y cuatro Alberto Tobón Palacio, a la sazón contador de la firma "Reconstructora Comercial, Ltda.", de Medellín, sustrajo o desprendió tres cheques en blanco, con sus correspondientes talonarios, de una chequera que se hallaba al cuidado de la señorita Clarisa Helena Valderrama, también empleada de la referida firma, quien manejaba la cuenta corriente de ésta en el Banco de Colombia, Oficina de la Carrera 59, Nº 44 A-9 de la ciudad nombrada. Dos de esos che-

ques, que aparecen a folios 27 vto. y 53 del cuaderno primero, girados a la orden de "El portador", por las sumas de $ 700.00 y $ 532.00, respectivamente, fueron confeccionados por Tobón Palacio, quien imitó al pie de los mismos la firma de la señorita Valderrama. "El otro cheque, al no quedarme la firma bien falsificada, lo quemé", según su propia afirmación, visible al folio 7 vto. Y agrega: "El cheque por quinientos treinta y dos pesos, lo cambié ese mismo sábado en la noche en Itagüi, pero no conozco el cliente que me lo cambió. El otro cheque por setecientos pesos, me lo ganaron jugando a las cartas en un sitio de Medellín que no conozco, ni tampoco conozco a los clientes que me ganaron ese dinero. Hago constar que me siento directo y único responsable de lo anterior".

Adelantada la respectiva investigación, el Juzgado Cuarto Superior de Medellín, por auto del dieciséis de marzo del año próximo pasado, que el Tribunal confirmó en el suyo del veintidós de mayo del mismo año, llamó a juicio a Alberto Tobón Palacio por los hechos referidos, en el entendimiento de que éstos estructuraban los delitos de falsedad y estafa. Surtida la etapa de la causa, durante la cual no fueron desvirtuados los cargos formulados en el auto de proceder, el Juez del conocimiento condenó al procesado a la pena de cinco años de presidio, como responsable de las dos infracciones mencionadas, mediante fallo de fecha primero de julio de 1965, que el Superior confirmó plenamente en el que luego fue recurrido en casación.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La acusación, sustentada por apoderado especial, se formula invocando la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo propone, en libelo innecesariamente extenso, una serie de cargos en estilo difuso, que la Sala procurará compendiar, en lo esencial.

a).—"La sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, contra Alberto Tobón Palacio, es violatoria de la ley penal sustantiva por errada e indebida aplicación de la misma, en virtud de la disección hecha de la conducta de mi poderdante, en dos distintas infracciones: una contra la fe pública y otra contra la propiedad", cuando en realidad "lo que existió o existe en el proceso es una subsunción de delitos y no un concurso como lo afirma la sentencia".

Como en autos no se configuran los delitos de falsedad y estafa, en concurso real, sino un abuso de confianza, se aplicaron indebidamente los artículos 233 y 33 del Código Penal, y se dejaron de aplicar las normas contenidas en los artículos 412 y 430 de la misma obra.

En efecto, expresa el impugnante, los instrumentos negociables no son documentos públicos, por cuanto no reúnen las condiciones exigidas por el artículo 1.758 del Código Civil. Cuando la ley asimila aquéllos y éstos, tal asimilación está referida a pena y no a la naturaleza de dichos instrumentos. Consecuencialmente, la falsedad "per se" sólo se configura con respecto a los documentos públicos y no a los equiparados a tales, pues para que en relación con estos últimos se estructuren la falsedad o la estafa, son necesarios "el perjuicio de tercero y el propósito de acusarlo". Y agrega:

"El sentenciado Tobón Palacio tomó en préstamo por sí y ante sí, cabe decir, abusando de la confianza depositada en él, lo estrictamente necesario para cubrir necesidades de familia y más luego, con base en sus sueldos y en la cesantía que se le adeudaba, cubrir, consignar dicha suma sustraída en banco, a fin de no causar perjuicio a terceros".

b).—El sentenciador de segundo grado, al proferir su fallo, "le dio a ciertas pruebas un valor que no tenían; desestimó otras, tuvo como a tales, pruebas no existentes, con lo cual hirió de lleno la valoración probatoria que no es, ni podrá ser nunca en nuestro derecho, de libre apreciación, sino que por el contrario, está sometida si no a tarifas rígidas, sí a pautas elásticas que le signan".

El actor examina, a su manera, algunos de los elementos de juicio que el Tribunal tuvo en cuenta para estimar plenamente demostrado el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del procesado. Y hace hincapié en que la sentencia acusada apreció erradamente el testimonio de Teresa Inés Gálvez Correa, concubina de Tobón, yerro que lo condujo a desechar el "estado de necesidad" en que éste afirma haber ejecutado los ilícitos por los cuales fue condenado.

c).—Existe una "desconcatenación entre el auto de proceder y la sentencia, con la realidad procesal", lo que acarrea nulidad. El demandante explica así el cargo:

"Consiste, en forma escueta en que en el auto de proceder se afirma y se le imputan a Al-

berto Tobón Palacio y lo llaman a responder por dos cheques cobrados, en perjuicio de la Reconstructora Comercial Limitada.

"La realidad del proceso demuestra que no fue sino uno el cheque cobrado, el de setecientos pesos ($ 7.00.00) nada más.

"Y que el perjudicado con la infracción no fue la Reconstructora, sino el Banco de Colombia".

d).—El fallador de segunda instancia "no quiso entrar a examinar a fondo la prueba indiciaria". Así, al analizar la prueba, no le asignó la debida importancia "al hecho de que Alberto Tobón Palacio, teniendo en sus manos cheques firmados por la giradora denunciante (fls.1-2 24 a 26 y 7 vto.) y con existencias en banco por valor de más de $ 17.000.00, no hizo uso de ellos, sino que prefirió confeccionar un documento para sustraer un dinero con intención de reintegrarlo, en corto tiempo.

"Este indicio —continúa el actor— es hecho indicativo de que Alberto Tobón no es un falsario, ni un estafador, ni un vulgar ladrón. Sino que por el estado de necesidad, tomó estrictamente lo que demandaba su caso. Que de no haber sido así, hubiese despojado a la Reconstructora Comercial de Medellín de los fondos, no solo bancarios, en forma total, sino del dinero efectivo que existía en la caja fuerte".

Los temas reseñados se repiten una y otra vez a lo largo de la demanda, y, finalmente, expresa el actor:

"El Honorable Tribunal Superior de Medellín ha desconocido el criterio del motivo determinante y de la personalidad del agente, así como las modalidades del delito, todo ello impuesto por la norma, para en forma fría, ovidando pruebas, dándole a otras valor que no tienen, desfigurando hechos y desconociéndolos, producir un fallo que rinde a una juventud desprevenida por cinco años en el ergástulo".

Concluye con la solicitud de que se case la sentencia recurrida, aplicando "el artículo 430 del C. Penal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina la acusación con objetividad minuciosa, refuta todos y cada uno de los cargos propuestos por el impugnante y por último advierte "que según jurisprudencia de la H. Corte, para que proceda la casación por esta causal, se necesita demostrar el grave error de apreciación de pruebas o hechos, o su omisión, lo cual no se ha establecido en el presente caso; pues de otra manera se llegaría simplemente a enfrentar al criterio del fallador uno distinto, en perjuicio de la facultad de apreciación de la prueba".

Y acorde con tal conclusión, pide a la Sala que deseche el recurso y devuelva el negocio a la oficina de origen.

LA CORTE CONSIDERA:

1.—Es pertinente recordar que conforme al numeral 1 del artículo 56 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, en el que quedaron inmersos los motivos de casación que el Código de Procedimiento Penal consagraba en los ordinales 1º y 2º de su artículo 567, la "ley sustancial" puede infringirse de manera directa o por indirecto modo. Constituyen hipótesis de quebrantamiento por la vía directa, las siguientes: a)—La norma legal se interpreta por el fallador en forma contraria a sus términos; b)—La interpretación de aquélla es correcta, pero se aplica a un caso que no es el contemplado en el proceso, y c).—La ley, también rectamente entendida, se deja de aplicar a la cuestión sub-judice. El quebrantamiento por vía indirecta se origina en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de determinada prueba, error que puede ser de derecho, o de hecho, el cual debe ser ostensible o manifiesto. El error de derecho en la apreciación probatoria —ha dicho la Corte— implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina a prueba. El error de hecho sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta.

2.—Ya se habrá advertido, con la simple lectura de la síntesis de la demanda, que la acusación cardinal contra el fallo recurrido consiste en afirmar que como en el proceso no se configuran los delitos de falsedad y estafa, en concurso material, sino el de abuso de confianza, se aplicaron indebidamente los artículos 233 y 33 del Código Penal, a la vez que se dejaron de aplicar los preceptos contenidos en los artículos 412 y 430 ibidem.

Así las cosas, lo que en esencia se expresa es que en el auto de llamamiento a juicio se incurrió en error relativo a la denominación de la infracción, circunstancia erigida en causal de nulidad por el ordinal 8º del artículo 198 del

C. de P. P. cargo que, por tanto, debió plantearse con fundamento en la causal 4ª de casación: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad". Pero, como ya se vio, tal causal no fue alegada. Existe, pues, razón suficiente para desestimar ese motivo de impugnación. Sin embargo, no es impertinente reproducir aquí, como en su momento lo recordó la Procuraduría, lo que sobre el tema aludido ha dicho la Corte:

"I.—El instrumento público y el instrumento negociable, respecto a autenticidad, acorde con lo dispuesto en los artículos 1758 del Código Civil y 4º de la Ley 46 de 1923, tienen una misma categoría, por lo que, en la esfera de la protección penal, como es lógico, deben recibir el mismo tratamiento.

"II.—Esa equiparación en la esfera especificada, la consagró el artículo 233 del Código Penal, como se desprende de su propia letra, clara sobre el particular, fenómeno que se explica en consideración a que los instrumentos negociables, como varias veces lo ha observado la Corte, 'son de una importancia excepcional en las relaciones comerciales para la facilidad, rapidez y seguridad de las transacciones, a tal punto que casi se les mira como una especie de papel moneda. De ahí que el legislador haya querido proteger especialmente esa clase de papeles de comercio, sancionando de manera más enérgica su falsedad y colocándolos al lado de los instrumentos públicos'.

"III.—La equiparación *quoad delicta* y no apenas *quoad poenam* determina que la falsedad en instrumentos negociables participe del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos, en el que, conforme a la enseñanza de Carrara, 'el daño potencial basta para su consumación, precisamente porque en la *simple acción* del delincuente, aunque no vaya seguida por el efecto que aquél quería obtener, se configura una *violación* ya ocurrida *del derecho*, y así, la *perfecta* infracción de la ley'.

"IV.—En orden a estos principios, fácil se comprende que el delito de falsedad alcanzó su meta consumativa, sin absorber la estafa, cuya consumación se produjo al hacer efectivos los cheques adulterados, ni ser absorbido por ésta, en el momento en que, con intención dolosa, se elevó el valor de aquellos.

"V.—Esos delitos obran en concurso material porque, aunque enlazados en sus fines de lucro indebido, se integraron a través de pluralidad de acciones y de propósitos, lesionando, el de falsedad la fe pública y, el de estafa, la propiedad" (Sentencia del 13 de mayo del año en curso, aún no publicada en la Gaceta Judicial. Casación de Albán Home Troque, en proceso por falsedad y estafa).

3.—El Tribunal valoró acertadamente el testimonio de Teresa Inés Gálvez, concubina del procesado. Al examinarlo, dijo el fallador de segundo grado: "No se configura tampoco la eximente de responsabilidad con fundamento en el artículo 430 del Código Penal. Al efecto, basta transcribir lo dicho por la mujer a quien él se refiere como carente de recursos, quien a fs. 100 v. declaró: 'Sí señor. Yo le dije que en mi casa, es decir, donde mi madre y mi hermano en Cali, yo pasaría más o menos, mientras él, Alberto, se organizaba aquí en Medellín en su trabajo, y entonces Alberto quedó de girarme *dinero cuando se organizara en su trabajo, pero a la vez estaba tranquilo porque yo estaba al cuidado de mi madre y a la vez también preocupado porque él estaba acostumbrado a mandarme dinero* o a darme y por esos días no lo podía hacer ya que estaba desorganizado en su trabajo". (Subrayó el Tribunal). De donde se concluye que en realidad existían el deber y el derecho de ayudar a su mujer en el trance del parto, pero que tal situación no era apremiante, ya que estaba solucionada al encontrarse al cuidado de la madre de ella, lo que se traducía en tranquilidad para el procesado; claro está que esa situación debía preocuparlo, pero más por el afecto y cuidados que quería dispensarle, que por la existencia real de la necesidad".

A lo cual cabe agregar que el mismo procesado se encarga de destruir la peregrina tesis del "estado de necesidad" cuando confiesa como, se recordará, que el cheque por valor de $ 700.00 se lo ganaron "jugando a las cartas". Y corrobora lo que acaba de expresarse el hecho de que parte de los $ 532.00 que recibió en efectivo al cambiar el otro cheque, en lugar, la invirtió en pagar unos tragos de licor, como se desprende de los testimonios de Jairo Díaz Acosta y Néstor Gómez Valencia. (fs. 76 y 128, Cd. 1ª).

4.—El cargo referido a las nulidades que fueron objeto de reseña en el literal c) no puede formularse en la esfera de la causal primera de casación, sino de la cuarta. Sobre el particular dice el Procurador, abundando en razones: "En cuanto a las nulidades que considera el demandante existen, cabe advertir en primer término, que son improcedentes dentro de la causal in-

vocada; por otra parte y concretamente en cuanto a las razones propuestas, ya se ha dicho cuándo la confesión es divisible conforme al artículo 255 del C. de P. P.; y el error en cuanto a la suma obtenida carece de incidencia, por cuanto no se procede en relación a la cuantía, en esta clase de infracciones; lo mismo puede decirse en cuanto a la persona del perjudicado, pues lo necesario es comprobar la lesión patrimonial y además, el manejo de una chequera implica responsabilidad para su poseedor, como lo dice el Tribunal en la sentencia materia del recurso". Importa recordar que la cuantía, en los atentados contra la propiedad, no constituye elemento estructural de la infracción, porque, como es casi intuitivo, siempre que la cosa sobre que verse la actividad incriminada tenga valor económico, surge la figura delictuosa.

5.—La confesión del procesado determina en el caso de autos, no el cuerpo del delito, sino al autor de la falsificación. La falsedad surge de otros elementos de juicio, como lo demuestra el sentenciador con razones que el actor no ha desvirtuado. La prueba grafológica que echa de menos el impugnante habría sido necesaria si no existiese, como existe, la confesión de Tolón Palacio.

6.—Finalmente debe expresarse, ratificando una doctrina constante de esta Sala, que el error de hecho en la apreciación de la prueba, a que se refiere el segundo cuerpo del ordinal primero del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, es el error patente, ostensible o grave, y en manera alguna la simple disparidad de criterios entre el actor y la sentencia acusada.

DECISION:

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 la Procuraduría Primera Delegada, DESECHA el recurso extraordinario de casación estudiado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

DELITO DE VIOLENCIA CARNAL

Abstenerse de recurrir el auto de detención, cuando se encuentra legalmente fundamentado, no significa falta de defensa.—No es necesario sustentar el recurso de apelación.—Prueba pericial.—La inobservancia del art. 266 del C. de P. P. no está erigida como causal de nulidad.—Aplicación indebida del art. 318 del C. P. por yerro ostensible del sentenciador de segunda instancia al considerar demostrado "grave daño" en la salud de la víctima.—El GRAVE DAÑO en la salud psíquica, como en la simplemente física, es preciso acreditarlo con la prueba idónea.—Invalidación parcial del fallo recurrido.

1.—Abstenerse de recurrir el auto de detención, cuando éste se encuentra legalmente fundamentado, no significa falta de defensa, sino honestidad del apoderado, quien, al consentirlo, evita dilaciones perjudiciales a su cliente en el trámite de recursos que en el caso concreto estima ineficaces. Por lo mismo, pecaría de simplista la afirmación de que el defensor no está cumpliendo con los deberes inherentes a su cargo porque ha preferido que el auto de proceder quede ejecutoriado en la instancia, sin suscitar el segundo grado procesal. Y tampoco puede aceptarse que implica carencia de defensa el no sustentar la alzada interpuesta contra el auto de llamamiento a juicio, sino que el personero judicial considera, razonablemente, que constituye suficiente garantía para los intereses de su defendido el hecho de que el pliego de cargos sea objeto de un nuevo estudio por parte de un Juez colegiado. No es necesario sustentar el recurso de apelación. Es ésta cabalmente una de las características diferenciales entre aquél y los recursos extraordinarios de casación y revisión, cuyo éxito depende de que el recurrente demuestre la existencia de la causal o causales invocadas.

2.—Es verdad que el dictamen psiquiátrico practicado al reo no fue puesto en conocimiento de las partes, como lo dispone el art. 266 del C. de P. P., pero tal omisión, ocurrida en la etapa del sumario, no está consagrada como causal de nulidad por el art. 198 ibídem, por una parte, y por otra, conforme al art. 267 de la misma obra, en cualquier tiempo, antes de que el asunto entre al despacho del Juez para sentencia, en un caso como el presente, cualquiera de los que tienen derecho a intervenir en el proceso puede objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción. En consecuencia, la irregularidad anotada no lesiona los derechos fundamentales del procesado.

3.—El art. 248, inciso 2º, del C. C. se refiere exclusivamente, como es obvio, a la representación de los incapaces para comparecer en juicio civil en contra de su padre o de su guardador, y por tanto no es aplicable en el proceso penal, cuando el menor simplemente está denunciando hechos de los cuales ha sido víctima y que deben investigarse de oficio, o cuando declara como testigo sobre los hechos que se trata de establecer.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado GRISELDINO TORRES POVEDA contra la sentencia de fecha nueve de agosto de mil novecientos sesenta y cinco, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, como autor responsable de los delitos de Violencia Carnal e Incesto, a la pena principal de cinco (5) años de presidio, a las accesorias correspondientes, y a la indemnización, en abstracto, de los perjuicios causados con el delito.

ANTECEDENTES

En las primeras horas de la noche del veintidós (22) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), Griseldino Torres Poveda, hallándose en estado de embriaguez, violó carnalmente a su hija legítima Flor Marina, de once años de edad, desflorándola y causándole, como consecuencia del acceso carnal, quince días de incapacidad. Los hechos resumidamente expuestos ocurrieron, según la denuncia visible al folio 1 y vto. del cuaderno primero, en la casa o lugar de habitación distinguido con el número 52-69 de la calle 101 A, de esta ciudad, en donde el procesado vivía con su familia.

Abierta y adelantada la investigación, el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal, mediante providencia del 4 de abril siguiente, ordenó la detención preventiva del sindicado. Perfeccionado el sumario, su mérito fue calificado por el Juez Sexto Penal del Circuito de Bogotá en auto del 2 de julio de 1964, funcionario que, entendiendo los hechos narrados como constitutivos de los delitos de violencia carnal e incesto, en concurso formal, residenció en juicio a Torres Poveda. Apelado el auto de proceder por el defensor del procesado, el Tribunal lo confirmó, sin reparo alguno, en proveído del 19 de octubre del mismo año. (Fl. 83 a 89, Cd. 1º).

Durante la segunda etapa del proceso se practicaron las pruebas solicitadas por el encausado. Y con oportunidad de la audiencia pública el defensor pidió la absolución de su patrocinado, afirmando que en el informativo no aparecía la plena prueba que para condenar exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, el juzgador de primer grado no aceptó las razones aducidas por la defensa, y, consecuentemente, profirió sentencia condenatoria el 20 de febrero de 1965, imponiéndole al reo, con fundamento en los artículos 318 y 31 del Código Penal, la sanción de cuatro (4) años de presidio, como responsable de los delitos por los cuales se le llamó a responder en juicio, fallo que, apelado por el procesado y su defensor, reformó el Tribunal en el sentido de elevar a cinco (5) años la pena impuesta. (fs. 114 a 122, Cd. 1º; 24 a 31, Cd. 2º).

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La acusación, sustentada por apoderado especial, se formula invocando las causales cuarta y primera del artículo 56 del Decreto número 528 de 1964. Se estudiarán en el mismo orden lógico en que han sido propuestas.

Causal Cuarta.—Cuatro son, en esencia, los cargos que al amparo de este motivo de impugnación se plantean y desarrollan por el actor:

a).—El apoderado de oficio del procesado aceptó lisa y llanamente el auto de detención preventiva proferido contra Griseldino Torres Poveda, y la actuación del defensor se contrajo a apelar del auto de proceder, sin sustentar el recurso; tampoco solicitó que se practicaran pruebas, y en la audiencia pública se limitó a pedir la absolución de su representado en un breve alegato. En consecuencia, el reo careció de adecuada defensa, y, por tanto, se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional.

b).—El dictamen psiquiátrico practicado a Griseldino Torres el 19 de junio de 1964, visible a folios 50 y 51 del informativo, no fue puesto en conocimiento de las partes, como lo ordena el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal.

c).—La menor Flor Marina Torres, al formular la denuncia penal contra su padre, no fue asistida por curador ad-litem, como lo dispone el artículo 242 del C. J., aplicable al caso en virtud del artículo 7º del C. de P. P., y el 104 de esta última obra.

d).—La sentencia recurrida violó el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, que consagra el principio "in dubio pro reo", al no aceptar la retractación de la menor ofendida, Flor Marina Torres, y de su madre, Serafina Suárez de Torres, expuesta en escrito visible al folio 69 del informativo y ratificada posteriormente por ambas en las diligencias de careo y de ampliación de testimonio que obran a folios 102 y siguientes del cuaderno primero.

Agrega el demandante que el "Tribunal sentenciador ha debido valorar este hecho en la sentencia recurrida y proferir sentencia absolutoria en favor del procesado Torres Poveda. Al no hacerlo así, violó formalmente el artículo 203 del C. de P. P. al dictar sentencia condenatoria analizando y valorando unas pruebas que no estaban legalmente producidas".

De otro lado, en sentir del actor, se violó el artículo 25 de la Carta, al aceptarse y darles valor a los primeros testimonios acusadores que la hija y la madre produjeron contra el procesado.

Concluye la acusación, por este aspecto, con la solicitud de que se invalide el fallo recurrido

y se ordene reponer el procedimiento "a partir del auto de detención".

Causal Primera.—Arguye el impugnante, en el fondo, que erró el sentenciador de segundo grado al estimar que la incapacidad de quince días sufrida por la menor, como consecuencia del acceso carnal a que fue sometida, constituye un grave daño en la salud de ésta, equivocación que lo condujo a infringir, por aplicación indebida, el artículo 318 del C. P.—En consecuencia, pide a la Corte que invalide la sentencia acusada y dicte en su lugar la que deba reemplazarla. (Artículo 570 del C. de P. P.).

EL MINISTERIO PUBLICO

En sobrio concepto el Procurador Primero Delegado en lo Penal estudia todos y cada uno de los cargos que el actor propone contra la sentencia recurrida. Su conclusión es la de que ninguno de los motivos de impugnación formulados con apoyo en la causal cuarta tiene validez alguna. En cambio, considera que la causal primera debe prosperar. Sus razones sobre el particular son las siguientes:

"Estoy de acuerdo con el señor apoderado recurrente, por cuanto si bien es cierto que el Juez debe apreciar la gravedad o levedad del daño en la salud, esa apreciación, tiene que tener un fundamento objetivo, el cual no puede ser sobrepasado, y unas lesiones de quince días de incapacidad, sin secuela alguna, como afirman los médicos legistas en su segundo y último dictamen, constituyen un daño a la salud, sí, pero leve o levísimo, pero nunca grave.

"Al respecto comparto integralmente las apreciaciones de la H. Corte Suprema de Justicia, consignadas en la sentencia de casación proferida en la causa contra ELISEO BOYACA SUESCA por Violencia Carnal, publicada en el número 2271 de la Gaceta Judicial, en que el H. Magistrado Ponente, doctor HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, hace un magistral análisis al respecto y el cual es insuperable, por lo cual lo acojo y, acorde con él, estimo que el Tribunal Superior de Bogotá, por interpretación errónea, aplicó indebidamente el artículo 318 del C. P., cuando no hubo GRAVE DAÑO para la salud de la víctima, sino leve, por lo cual la sentencia debe invalidarse y en su lugar dictar la que corresponde.

"En consecuencia, opino que debe desecharse por improcedente la causal primera alegada con base en el numeral 4º del artículo 56 del Decreto-Ley 528 de 1964 y aceptarse la causal segunda por haber la sentencia recurrida violado, por errónea interpretación, la ley penal, al aplicar indebidamente el artículo 318 del C. P., cuando el aplicable era el 316 ibídem, con las modalidades primera y tercera del artículo 317 de la obra citada, por lo cual debe invalidarse la sentencia recurrida y dictar esa H. Corte Suprema, la que corresponde".

LA CORTE CONSIDERA:

1.—Como juiciosamente lo observa el Procurador, abstenerse de recurrir el auto de detención, cuando éste se encuentra legalmente fundamentado, no significa falta de defensa, sino honestidad del apoderado, quien al consentirlo, evita dilaciones perjudiciales a su cliente en el trámite de recursos que en el caso concreto estima ineficaces. Por lo mismo, pecaría de simplista la afirmación de que el defensor no está cumpliendo con los deberes inherentes a su cargo porque ha preferido que el auto de proceder quede ejecutoriado en la instancia, sin suscitar el segundo grado procesal. Y tampoco puede aceptarse que implica carencia de defensa el no sustentar la alzada interpuesta contra el auto de llamamiento a juicio, sino que el personero judicial considera, razonablemente, que constituye suficiente garantía para los intereses de su defendido el hecho de que el pliego de cargos sea objeto de nuevo estudio por parte de un Juez colegiado. No es necesario sustentar el recurso de apelación. Es esta cabalmente una de las características diferenciales entre aquél y los recursos extraordinarios de casación y revisión, cuyo éxito depende de que el recurrente *demuestre* la existencia de la causal o causales invocadas.

Se duele el demandante de que en el caso de autos la intervención del defensor en la audiencia pública hubiera sido tan breve. Ello envuelve el infundado criterio de que la eficacia de una defensa judicial está en razón directa de su extensión. El defensor pidió la absolución de Torres Poveda, apoyado en la retractación de la víctima y su madre; sólo que sus razones no fueron compartidas por el Juez de la causa —ni por el sentenciador de segundo grado— porque estimaron, como lo anota el Procurador, que tales retractaciones estaban guiadas por el amor y el interés. Por lo demás, a la Corte, como Tribunal de casación, le está vedado calificar la calidad intrínseca de las defensas jurídico-penales que se hayan adelantado en las instancias, para deducir de allí, arbitrariamente, supuestas violaciones al artículo 26 de la Carta.

2.—Es verdad que el dictamen psiquiátrico practicado a Griseldino Torres Poveda, no fue puesto en conocimiento de las partes, como lo dispone el artículo 266 del C. de P. P., pero tal omisión, ocurrida en la etapa del sumario, no está consagrada como causal de nulidad por el artículo 198 ibidem, por una parte, y por otra, conforme al artículo 267 de la misma obra, en cualquier tiempo, antes de que el asunto entre al despacho del Juez para sentencia, en un caso como el presente, cualquiera de los que tienen derecho a intervenir en el proceso puede objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción. En consecuencia, la irregularidad anotada no lesionó los derechos fundamentales del procesado.

3.—El cargo consistente en que la menor Flor Marina Torres no fue asistida por curador ad-litem, carece de todo fundamento. En efecto, como lo expresa el Colaborador Fiscal de la Corte en el respectivo concepto, el artículo 242, inciso 2º, del C. J. se refiere exclusivamente, como es obvio, a la representación de los incapaces para comparecer en juicio *civil* en contra de su padre o de su guardador, y por tanto no es aplicable en el proceso penal, cuando el menor simplemente está denunciando hechos de los cuales ha sido víctima y que deben investigarse de oficio, o cuando declara como testigo sobre los hechos que se trata de establecer.

Tampoco se infringió el artículo 104 (inciso 2º) del C. de P. P., como lo supone el demandante, porque dicha disposición se refiere, de manera exclusiva, "al procesado menor de veintiún años que carezca de representante legal", y no al sujeto pasivo del delito.

4.—No violó el Tribunal los artículos 203 y 204 del C. de P. P. al no asignarle valor exculpativo a las retractaciones de la menor ofendida y de su madre, Serafina Suárez de Torres, por respetables razones de lógica probatoria.

Por lo demás, el cargo es ineficaz en la esfera de la causal cuarta de casación. Debió sustentarse con apoyo en la causal primera del artículo 56 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, ya que, en sentir del actor, se trata de una errónea apreciación de determinada prueba.

Para concluir el estudio de la causal cuarta debe expresarse que ni a la menor Flor Marina ni a su madre se les obligó a declarar contra el padre y esposo, Griseldino Torres. Por el contrario, al pie de las declaraciones de la menor ofendida y de Serafina Suárez de Torres se hizo constar que a las deponentes se les enteró del contenido del artículo 227 del C. de P. P., y que ambas manifestaron su voluntad de declarar contra el procesado. (Fs. 7 vto. y 10 Cd. 1º). En consecuencia, lejos de quebrantarse la norma del artículo 26 de la Constitución Nacional, se le dio exacto cumplimiento.

No prospera, por tanto, la causal examinada.

5.—En cambio, habrá de prosperar el cargo que se formula a la sentencia acusada con base en la causal primera. En efecto, yerra ostensiblemente el sentenciador de segunda instancia cuando considera demostrado "grave daño" en la salud de la menor, como consecuencia del acceso carnal a que fuera sometida, aplicando al caso la norma contenida en el artículo 318 del Código Penal. La prueba de tal hecho se cree ver fundamentalmente en la pericia médico-legal.

Pero ocurre que el primer examen practicado por los legistas a Flor Marina, el 30 de marzo de 1964, produjo el siguiente resultado: "Examinada hoy presenta el hímen desgarrado hacia el meridiano de las seis. Esto indica que fue desflorada y que la desfloración es reciente. Presenta también desgarro de la horquilla vulvar suturado de tres centímetros como huella de violencia, que con buen tratamiento y sin complicaciones la incapacitan por quince (15) días a partir de la fecha de las lesiones. Por su aspecto, actitud y demás signos somáticos revela 11 años de edad". (fl. 4). Y el segundo y último dictamen, fechado el 6 de abril siguiente, expresa: "Por el desgarro de la horquilla vulvar de tres cent. tuvo una incapacidad definitiva de quince (15) días y no le quedan consecuencias por esta lesión —naturalmente del hecho en sí queda la desfloración". (fl. 34).

Ciertamente, los anteriores elementos de juicio, cuyo texto es incuestionablemente claro, no autorizaban al juzgador para afirmar que los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaron "grave daño en su salud". Es verdad que la sentencia recurrida, para subsumir el caso dentro del ámbito del artículo 318 del C. P., arguye que las consecuencias somáticas producidas por el acceso carnal violento "tuvieron que proyectarse" en el mundo psíquico de la ofendida, pero ello, aunque constituya una hipótesis respetable, no fue demostrado en el proceso. Y el *grave daño* en la salud psíquica, como en la simplemente física, es preciso acreditarlo con la prueba idónea.

Para subsanar el yerro anotado la Sala invalidará parcialmente el fallo recurrido y dictará

el que deba reemplazarlo. Con tal fin, ha de tenerse en cuenta que, como lo observa el Tribunal, en contra del reo no obran propiamente circunstancias de mayor peligrosidad. Y, de otro lado, está probada su buena conducta anterior.

En consecuencia, la sanción aplicable es la mínima de dos años (2) de prisión prevista en el artículo 316 del C. P., aumentada en seis (6) meses, por concurrir la circunstancia contemplada en el numeral 1º del artículo 317 ibidem. A este cómputo, se agregarán diez meses, con arreglo al artículo 31 de la obra citada.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —SALA DE CASACIÓN PENAL— de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *INVALIDA* parcialmente la sentencia acusada del Tribunal Superior de Bogotá, para imponer al procesado GRISELDINO TORRES POVEDA la pena principal de tres (3) años y cuatro (4) meses de prisión, como responsable de los delitos de violencia carnal e incesto, cometidos en la menor Flor Marina Torres Suárez.

Las penas accesorias que entrañan duración quedan reducidas proporcionalmente. En lo demás rige la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., Oficial Mayor.

BIBLIOTECA

VIOLENCIA CARNAL.—PERICIA MEDICO LEGAL.—CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DEL ART. 567 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

No es únicamente la pericia médico-legal la que, en algunos casos, ofrece la prueba de la intromisión viril en los delitos de violencia carnal, estupro o corrupción de menores (art. 326 del C. P.), pues tratándose de que la víctima no sea mujer virgen o que presente un himen dilatable y dándose el caso de que el examen médico-legal se realice cuando ya no queden vestigios del acceso carnal, el informe del perito ninguna luz puede ofrecer sobre este hecho. Son, en tales eventualidades, otros elementos de juicio los que sirven para acreditar la ocurrencia de la intromisión viril.

Pero, en este caso, el informe del perito médico da clara cuenta de una desfloración reciente en la ofendida y sus aseveraciones, no desvirtuadas, sobre el acceso carnal a que fue sometida, apoyan, sin que se pueda hablar siquiera de error ínfimo, la conclusión a que llega el juzgador de segunda instancia, sobre la existencia del delito de violencia carnal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Para resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, contra la sentencia de la misma Corporación, fechada el 20 de septiembre de 1963, por la cual condena a JUAN ELOY LAITON a la pena principal de veintiséis (26) meses de prisión, como responsable del delito de violencia carnal, la Sala toma en cuenta:

1º—HECHOS:

El demandante hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Es María Díaz una mujer de sesenta años, aproximadamente, y vive en Saboyá, vereda de 'El Molino'. Hacía pequeñas diligencias a las familias del vecindario, por lo cual le daban monedas a modo de limosna. El joven Juan Eloy Laitón, quien hacía dos años había egresado del cuartel, el día sábado, 28 de julio de 1962, al encontrarse con la mujer nombrada, le quitó la 'capotera', la derribó, le puso la ruana en la boca para evitar que gritara y, al tiempo que la intimidó con un revólver, hizo uso carnal de la nombrada. El procesado niega los hechos".

2º—DEMANDA DE CASACION.

El señor Fiscal recurrente invoca las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y solicita que se absuelva al procesado, Juan Eloy Laitón, por no estar probado el delito que se le imputa.

Los cargos los propone en la siguiente forma:

a).—*Causal Segunda.*

Luego de transcribir los dos informes médico-legales que obran en el proceso, a los cuales hace una severa y justificada crítica, anota que no aparece demostración alguna de que la mujer María Díaz hubiese sido sometida al acceso carnal, en la ocasión que la denunciante señala.

Desprende de lo anterior, que el Tribunal Superior de Tunja incurrió en manifiesto error en la apreciación de los informes del Médico Legista, y, como consecuencia, en el hecho de haber considerado existente la intromisión viril de que da cuenta la denunciante.

Anota que el delito de violencia carnal exige el acceso carnal con la víctima y ello no tiene demostración alguna en los autos.

b).—*Causal Primera:*

Como secuela del error en que, según el demandante, incurrió el juzgador de segunda instancia, dice el actor que en el fallo acusado se violó el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal y se aplicó, indebidamente, el precepto

contenido en el artículo 316 del Código de las penas.

2º—*CONSIDERACIONES DE LA CORTE.*

No encuentra la Sala probados los cargos que hace el demandante a la sentencia acusada, por las siguientes razones:

a).—*CAUSAL SEGUNDA:*

No incurrió el juzgador de segunda instancia en error manifiesto en la apreciación de los informes del Médico Legista que examinó a la ofendida, pues la contradicción que anota el actor es más aparente que real.

Dice, en efecto, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja que si el perito médico no encontró hemorragia en la ofendida, en el examen vulvo-vaginal que le hizo, mal podía, meses después, anotar que encontró en la denunciante una desfloración reciente.

Pues bien:

Es cierto que el Médico Legista dice el 31 de julio de 1962 que la denunciante "no presenta huella de maltratamiento, ni hemorragia de ninguna clase", y también es verdad que el 16 de octubre del mismo año asevera que la misma mujer, "al ser examinada en sus órganos vulvo-vaginales, se comprobó que fue desflorada y que dicha desfloración fue de aspecto reciente". Pero del yerro del perito, de no haber informado sobre tal desfloración reciente en su primer concepto, no se deduce que tal hecho no ocurriera, ni tampoco se desprende esa supuesta inexistencia a que alude el demandante, por no haber hallado el médico legista hemorragia en los órganos vulvo-vaginales de la ofendida. Puede darse que el período de cicatrización de la membrana himenal no haya terminado (por lo cual la desfloración es calificada de reciente) y que haya desaparecido toda hemorragia. Así, pues, la contradicción que anota el actor es, como se dejó dicho, más aparente que real.

De otra parte, no es únicamente la pericia médico-legal la que, en algunos casos, ofrece la prueba de la intromisión viril en los delitos de violencia carnal, estupro o corrupción de menores (art. 326 del C. P.), pues tratándose de que la víctima no sea mujer virgen o que presente un himen dilatable y dándose el caso de que el examen médico-legal se realice cuando ya no queden vestigios del acceso carnal, el informe del perito ninguna luz puede ofrecer sobre este hecho. Son, en tales eventualidades, otros elementos de juicio los que sirven para acreditar la ocurrencia de la intromisión viril.

Pero, en este caso, el informe del perito médico da clara cuenta de una desfloración reciente en la ofendida y sus aseveraciones, no desvirtuadas, sobre el acceso carnal a que fue sometida, apoyan, sin que se pueda hablar siquiera de error ínfimo, la conclusión a que llega el juzgador de segunda instancia, sobre la existencia del delito de violencia carnal.

No prospera, por tanto, la causal segunda de casación.

b).—*CAUSAL PRIMERA:*

Atendido que este motivo de casación fue propuesto como consecuencia de la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., es obvio que sigue la misma suerte de ésta. Así, pues, tampoco prospera esta causal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema - SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de que se ha hecho mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

No es necesario que la Sala Plena de la Corte se haya pronunciado sobre la exequibilidad de un precepto legal, demandado como violatorio de la Carta, para que el Juez pueda señalar en un caso concreto, que es contrario a la Constitución Nacional. Cuando la Corte declara exequible una norma de la ley, en nada modifica su vigencia. En cambio, cuando decide que es violatorio de la Constitución Nacional, el precepto acusado deja de regir luego de la ejecutoria de la sentencia que así lo declare.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio treinta de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, refiriéndose al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, fechada el primero de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco, asunto que resolvió la Sala mediante el fallo del día once del corriente mes de julio, solicita que se declare la nulidad de lo actuado, a partir del auto que admitió dicho recurso.

Se trata del proceso penal seguido contra PABLO EMILIO ACEVEDO y otros, por los delitos de secuestro y extorsión, en el cual fueron condenados a la pena principal de diez años de presidio.

El señor personero de los procesados apoya su petición en lo siguiente:

"1º—En el proceso contra Pablo Emilio Acevedo y otros, dentro del cual interpuse el recurso extraordinario de casación contra la sentencia emanada del H. Tribunal Superior Militar, la Honorable Sala desechó el recurso ateniéndose a un fallo de inexequibilidad sobre el Decreto 1290, cuya fecha de expedición fue la del 13 del mes en curso, posterior, como es obvio, al fallo de casación.

"2º—Evidentemente la decisión de la Sala Plena sobre inexequibilidad del decreto viene a tener fuerza de ley cuando respecto de esa resolución estén satisfechas las exigencias de los artículos 468 y 479 del C. J., que le imprimen sello de ejecutoria.

"3º—Como al desatarse el recurso de casación se invocó una sentencia de exequibilidad inexistente, atribuyéndole todo el valor de una ley, para desechar los cargos de nulidad invocados y sustentados en los artículos 26 y 215 de la Constitución Nacional, aduciendo una especie de sustracción de materia, la sentencia resultó prematura y, por lo mismo, apoyada en ley inexistente.

"4º—Esa anómala sentencia, dando por existente y con fuerza de ley el fallo de la Corte plena, a él se remitió y eludió examinar a fondo la demanda propuesta.

"5º—Una sentencia no puede descansar en otra que no se había producido y menos ejecutoriado. Luego no hay fallo de casación y el que como tal se tiene debe ser anulado por la H. Corte.

"6º—Es de observar que la declaratoria de nulidad en la sentencia en sí misma no produciría efecto procesal apreciable, pues podría la Corte, al decretar la nulidad, vaciar el fallo que se acusa. Con esto quiero indicar que habiendo ya un prejuzgamiento, la razón natural enseña que para propiciar de nuevo el recurso de casación, la nulidad debe comprender desde el auto admisorio del recurso, dando así oportunidad a que con nueva demanda se examinen otros cargos o motivos de casación".

LA SENTENCIA DE CASACION.

Como se dejó anotado, la providencia que resolvió el recurso de casación de que se ha he-

cho referencia, fue proferida el día once del corriente mes de julio. En ese fallo se hacen las siguientes consideraciones, que apoyan la resolución de la Sala de no casar la sentencia del Tribunal Superior Militar, acusada.

"La Sala Plena de la Corporación, al resolver la demanda presentada por el doctor Gustavo Rendón Gaviria sobre supuesta inexequibilidad de los artículos 1º, 3º, 8º y 9º del Decreto 1290 de 1965, afirmó que los preceptos acusados no son contrarios a la Carta, pues, expedido aquel estatuto con fundamento en las facultades que al Gobierno Nacional le confiere el artículo 121 de la Constitución, bien podía apartarse de la norma contenida en el artículo 170 de la misma, para extender a los civiles la competencia de la Jurisdicción penal castrense en el juzgamiento de los delitos que el Decreto 1290 de 1965 menciona; y, asimismo, expresó la Corte que dicho decreto no infringe el artículo 26 de la Constitución (que en época de normalidad abarca la preexistencia de la ley penal al hecho imputado, de la que establece la jurisdicción para juzgar el delito, y de las formas propias del juicio), porque de acuerdo con el artículo 28 de la misma obra, aplicable en época de guerra o de conmoción interior, únicamente prevalece lo que en aquélla se dispone sobre la anterioridad de la ley que sanciona el delito y determina la pena correspondiente, y deja al Estado la fijación de la competencia y las formalidades del juicio, que es lo que disponen los artículos 1º y 3º del Decreto 1290, de 21 de mayo de 1965.

"La Corte, en sentencia de 12 de junio de 1945, anota que 'no carece de significación la variante que hicieron los constituyentes colombianos al emplear en el artículo siguiente al 22 (hoy 26) el término penado en vez de juzgado. Aún en tiempo de guerra, dice el 24 (hoy 28), nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho o determinándose la pena correspondiente. Comparando los dos textos, resulta esta notable diferencia en apoyo de la tesis que se viene sustentando: que el 22 establece un régimen de limitaciones para la normalidad que contempla la función penal por el triple aspecto de la ley penal anterior al hecho imputado, de la jurisdicción y de las formas propias del juicio, y que en el 24 sólo queda en pie la garantía de la preexistencia de la regla prohibitiva, pudiendo el Estado proveer en en lo demás de acuerdo con la necesidad de restablecer el orden público', (G. J. t. 59, p. 45 y 46).

"Se dijo también en ese fallo que 'los artículos 40, 43, 44 y 45 desarrollan en la Ley 153 de 1887 el pensamiento constitucional. El constituyente había dicho que en materia criminal la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia. El artículo 44 de la ley dice que en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, repitiendo el mandato constitucional. Luego el artículo 45 lo desarrolla diciendo que esa disposición tiene las aplicaciones que allí señala, todas las cuales, como se ha visto, se refieren a delitos y a penas, ninguna a los Tribunales ni al procedimiento...".

"No existe, pues, la nulidad constitucional alegada, por supuesta violación del artículo 26 de la Carta.

"Atendido, entonces, que la Corte ha declarado exequible el Decreto 1290 de 1965, no es pertinente en este fallo el artículo 215 de la Constitución Nacional, pues ya se pronunció la Corporación negando esa supuesta incompatibilidad entre la Carta y la ley, precisamente con respecto a los artículos de aquélla, citados por el actor".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La sentencia de la Sala Plena de la Corporación, fechada el día trece del corriente mes de julio, contiene la declaración de exequibilidad de los preceptos del Decreto 1290 de 1965 que fueron objeto de acusación. Esto es, afirma que tales disposiciones no son contrarias a la Constitución Nacional y que su vigencia debe persistir.

Y para que la Sala Penal de la Corte llegara a la misma conclusión y aceptara la vigencia de las normas del decreto citado, no era necesario que esperara la ejecutoria del fallo de la Sala Plena de la Corporación, pues, antes de tal ejecutoria y después de esa ocurrencia, tales preceptos mantenían y siguen manteniendo su vigencia.

Otra cosa sería si, por caso, un juez dejara de aplicar un precepto legal tomando en cuenta un fallo aún no ejecutoriado, que pusiera término a su vigencia, por encontrarlo contrario a la Carta.

Y es obvio que las situaciones mencionadas son distintas: En la primera, cuando la Corte declara exequible un precepto legal, en nada modifica su vigencia. En cambio, cuando lo declara

contrario a la Constitución Nacional, es lógico que únicamente deja de regir cuando el fallo que así lo resuelva quede ejecutoriado.

En este asunto, la providencia que resolvió el recurso de casación acogió las razones tomadas en cuenta por la Sala Plena de la Corporación para votar afirmativamente, el día cinco del presente mes de julio, la ponencia del Magistrado, doctor Arturo C. Posada, conforme a la cual son exequibles las normas del Decreto 1290 de 1965. Y, de igual manera, tomó la Sala Penal de la Corte en consideración la doctrina que contiene el fallo de 12 de junio de 1945 (G. J. t. 59, p. 45 y 46). Esto es, aludió a la doctrina de la Corte, pero no fundó su decisión de no casar la sentencia del Tribunal Superior Militar, mencionada, como es natural, en lo resuelto en la sentencia de 13 de julio del corriente año, puesto que, como ya se dijo, las normas del Decreto 1290 de 1965 regían antes de ese fallo y su vigencia persiste después de tal resolución.

¿Podía la Sala Penal de la Corte dejar de aplicar la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta, antes de que la Sala Plena de la Corporación decidiera sobre determinada norma legal? Es evidente que sí. Y tanto más, cuando ya la Corte había votado afirmativamente el proyecto que declara exequible ese mismo precepto legal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la petición hecha por el doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

Motivo de impugnación que no encuadra dentro de la causal 4ª de casación alegada. Pruebas en que se fundamenta la sentencia.—Presunción de veracidad que consagra el art. 255 del C. de P. P.—La función de la Corte en casos de estimación de la prueba.—La falsedad en instrumentos negociables participa de carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos y para su consumación basta el daño potencial.—El art. 429 del C. P. no tiene observancia porque esta disposición es específica de los delitos contra la propiedad, y en el caso de autos, la conducta del procesado se enmarca dentro de un delito contra la fe pública

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio treinta de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Cumplidos los trámites propios del recurso de casación, se procede a resolver el interpuesto por el abogado defensor de JOSE ARCESIO HERNANDEZ HERRERA, contra la sentencia de 28 de septiembre de 1964 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en la que se confirma la de 24 de julio anterior del Juzgado Primero Superior del mismo distrito que condenó al procesado por el delito de falsedad en documentos, a la pena principal de cuatro años de presidio, a las accesorias correspondientes y en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

ANTECEDENTES.

Se sintetizan así en la sentencia recurrida:

"Un instrumento de crédito, o sea una letra de cambio por valor de cinco mil pesos, suscribió José Arcesio Hernández en favor de José Hipacio Gómez, luego de negociaciones referentes a una motocicleta. Esa operación comercial relacionada con dicho aparato, no fue hecha con el referido José Hipacio, sino con otro; pero por convenio entre las partes, el crédito, o sea la letra de cambio, quedó a favor de éste (José Hipacio).

"El delito, origen del presente negocio, según los elementos de acusación existentes, consiste en que a fines de junio de 1963, Hernández simulando ir a cancelar el valor de la obligación (lo que ocurrió en el café Alférez de esta ciudad), logró hacerse entregar el cuestionado documento (la letra), pero luego se negó a devolverlo y lo ocultó en forma temeraria, a fin de dejar al acreedor sin título que pudiera hacer valer, enajenar o traspasar, o que le sirviera de prueba en juicio.

"La calificación del proceso la hizo el señor Juez del conocimiento abriendo causa criminal; pero la justicia se vio en dificultades con respecto al procesado, el cual, no obstante hallarse en la ciudad, logró por espacio de algún tiempo permanecer escondido, y cuando alguien lo delató, que la Policía concurrió a capturarlo, asumió contra ella una disposición agresiva, hostil. La residencia fue rodeada por la fuerza pública (V. folios 190), y cuando comprendió que era inútil toda rebeldía, fuera de que peligraba con esa actitud, resolvió entregarse.

"La defensa ha sido asumida a todo lo largo del informativo con infatigable esfuerzo, y tanto el acusado como su defensor, entrando en prolongados argumentos y haciendo sartales de opiniones, llegan a la conclusión de que en la investigación de autos nada hay de ilícito, o que se trata de un problema de orden civil, no penal, o que nada hay claro en materia delictiva, o que —por lo menos— existen dudas que hacen vacilar y en motivo de las cuales no podría llegarse a un fallo condenatorio".

DEMANDA Y RESPUESTA

En el libelo se plantean bajo nuevo atuendo, las mismas tesis que a lo largo del proceso se

esgrimieron en favor del recurrente. Al reiterarlas, el actor aduce contra la sentencia recurrida, las causales previstas en los ordinales 2º, 1º y 4º del artículo 567 del Código de P. Penal, que el Ministerio Público rechaza como infundadas, solicitando que se deseche el recurso.

Invirtiendo el orden en que aparecen invocadas, la Sala se referirá primero a la que se propone como última, ya que de prosperar ésta carecería de objeto el estudio de las demás.

CAUSAL CUARTA

Tras de verter el contenido del ordinal que la consagra, el cargo que con fundamento en ella se formula es el siguiente: "La sentencia recurrida se colocó bajo la sanción de nulidad prevista en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal ordinal 8º es decir por haberse incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción".

Y luego a guisa de demostración el actor da por establecido que en el evento de autos se trata de un negocio civil y que el error del Tribunal consistió en atribuirle carácter penal.

Se responde:

Lo que a través de este motivo de impugnación alega el demandante, no toca con el error que lo constituye y que tiene como presupuesto el carácter criminoso del hecho que se califica con una denominación jurídica que no le corresponde, como si al hurto se le diera la de robo o viceversa.

Ese motivo de impugnación no encuadra dentro de la causal cuarta. Se trataría más bien de un error de hecho y de derecho y, entonces, las alegables por este concepto serían otras.

Además, para sustentar la que se invoca, el demandante parte de una simple apreciación suya, y es claro que sobre tan subjetivo fundamento, aún siendo teóricamente viable el cargo, no podría éste prosperar.

CAUSAL SEGUNDA

Primer cargo.—Lo enuncia el demandante diciendo que el Tribunal le dio un valor probatorio que no tiene, a las afirmaciones del denunciante José Hipacio Gómez Castaño y que sobre su dicho fundó la sentencia impugnada.

Asevera como demostración de este aserto lo siguiente:

"El error del H. Tribunal sentenciador consiste en que le atribuyó en la sentencia recurrida el valor de plena prueba al testimonio del ofendido, o sea a la versión dada por el señor José Hipacio Gómez Castaño. Tal testimonio no tiene el valor de plena prueba, en razón de que la justicia debe tomar con ciertas reservas el testimonio del denunciante con motivo del interés y marcada parcialidad que pone en su dicho, debido al interés económico que lo anima. Su versión no está corroborada por ningún otro medio probatorio, pues el testimonio del señor Ramón Orozco Giraldo está en completo desacuerdo con el dicho del denunciante. Mientras el denunciante señala la fecha del día "veintiséis" de junio como el día en que fue Ramón Orozco a buscarlo para cambiarle la letra por el cheque, (fl. 1), el señor Ramón Orozco dice que fue el día "veintisiete" del mismo mes de junio; mientras el denunciante manifiesta que Hernández ofreció cambiarlo la letra por un cheque, sacando un comprobante o talonario de cheques vacíos, Orozco nada dice sobre el mencionado talonario. Manifiesta el denunciante que Hernández lo mandó volver al día siguiente por el cheque y que luego se entabló una acalorada discusión entre ambos por el asunto de la letra. A esta discusión no concurrió el señor Ramón Orozco.

"Por su parte el señor José Arcesio Hernández Herrera manifiesta en la pieza procesal de su indagatoria, lo siguiente:

"'PREGUNTADO: Sabe usted y quiere decir quién sería el individuo que el veintiséis de junio de este año le dijera a JOSE HIPACIO GOMEZ que le mostrara la letra en el café "Alférez" donde se encontraba con Ramón Orozco tomando tinto? CONTESTO: Habiéndome dado cuenta de que el aparato no me servía toda vez que mecánicamente no estaba de acuerdo con el compromiso que hizo el señor al vendérmela, convinimos formalmente el señor José Hipocio Gómez y yo, hacerme la devolución de dicha letra, toda vez que yo le haría la devolución de la motocicleta. Y algo más, como el color no coincidía con el color de la matrícula que constaba en la Circulación, fuera de eso, otros problemitas más por los papeles. El me hizo la devolución de la letra formalmente y cuento acabado... Agrego que la moto no estuvo en mi poder sino en poder del comisionista y que quedó en poder de ellos desde cuando me devolvieron la letra". (fl. 7º vuelto)".

Expresa en seguida que la confesión del procesado está amparada por la presunción de vera-

cidad que consagra el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal por no estar ella desvirtuada por ningún otro elemento probatorio y que, por consiguiente, el Tribunal debió aceptarla no sólo en lo que perjudicaba a su poderdante sino en lo que le favorecía.

"Por lo anterior —concluyo—, considero que el valor dado por el Honorable Tribunal sentenciador al testimonio del señor José Hipacio Gómez Castaño, es muy superior al que realmente tiene, de conformidad con las pruebas existentes dentro del proceso, ya que por ser parte interesada, su versión resulta sospechosa. Además, su dicho no tiene respaldo procesal alguno, lo que implica que es un testimonio único, y la certeza del testigo único, "no podría jamás llevar a una condenación sin contradecir el fin de la pena", tal como lo dejó establecido la Honorable Corte...".

Se responde:

1. No es cierto que la sentencia recurrida tenga por único fundamento el dicho del denunciante. A través de la propia argumentación del actor se advierte que ella se sustenta en otras pruebas. El demandante sólo cita tres: el testimonio de Gómez Castaño, el de Orozco y la confesión de su poderdante. Aquéllos para negarles todo valor probatorio. Esta, en su parte exculpativa, para estimarla como una prueba íntegralmente valedera. Todo dentro de la personal apreciación que de esas tres probanzas hace.

2. Empero, dicho fallo descansa no sólo en los premencionados elementos de juicio sino en el testimonio de Tobías Valencia vendedor de la motocicleta y cedente del crédito, y en los que en su defensa hizo allegar a los autos el procesado, apreciados en conjunto, relacionados y confrontados unos con otros, y analizados en sí mismos, especialmente la indagatoria del procesado para evaluar hasta que punto era ella verosímil en su contenido.

3. La presunción de veracidad de la confesión que conlleva su indivisibilidad, se funda no sólo en el hecho de que no existan otras pruebas que la desvirtúen, sino en el presupuesto de que su contenido no sea inverosímil. Si lo es, en todo o en parte, lógicamente habrá de desecharse o fraccionarse según los casos. Esto último fue lo que interpretándola hizo el Tribunal en relación con la razón exculpatoria que invocara el procesado en el acápite de su indagatoria que se transcribe en la demanda y que se identifica en su contenido con los que aquella Corporación vierte en su sentencia.

Es así como el ad-quem al justipreciar las manifestaciones del acusado expresa:

"El sindicado Hernández confiesa haberse quedado con la letra de cambio, origen de esta investigación. Mas, en el empeño de cohonestar su actitud, dice que no la devolvió por cuanto el negocio de la motocicleta fue rescindido o declarado sin valor".

Y luego al referirse al motivo de justificación que el procesado alega de haber convenido con José Hipacio Gómez la recíproca devolución de letra y motocicleta, añade, relacionando otras pruebas:

"Este argumento del sindicado carece de una relación lógica con las circunstancias. Porque si su propósito fue devolver la motocicleta, debió haberse entendido con el vendedor de la misma, que no lo era José Hipacio Gómez, pues este señor solamente poseía un crédito en su favor, o sea una letra de cambio, sin estar obligado —pues no consta en diligencia alguna— a remediar situaciones de otros.

"Dos testigos que el sindicado hizo venir al proceso (V. memorial de fls. 72) no se aventuraron a decir una cosa segura, sino que lo hacen veladamente, con dubitación, y así César Rojas Gutiérrez (fls. 76) expresa:

"'... y entonces vimos que el señor Gómez le entregó un papel a Hernández, y que era como parecido a un esqueleto de letra...'".

"Del mismo tenor es lo expuesto por Rodrigo Hernández (fls. 75).

"'No tiene explicación racional, que Arcesio Hernández hubiera concurrido a deshacer o anular un negocio de compraventa con una persona con quien no lo había realizado'".

Tal, uno de los motivos en cuya virtud el Tribunal desecha, fraccionando la confesión del inculpado, la disculpa invocada por él para tratar de justificar su conducta.

4. Pero no solamente esto. Es que el ad-quem halló que dicha confesión en cuanto a la disculpa se refiere estaba desvirtuada tanto por el testimonio del denunciante como por el de Ramón Orozco Giraldo. La apreciación del Tribunal al respecto es ésta:

"El mismo (Hernández) reconoce que después de recibida la letra de cambio —por cuyo ocultamiento se le acusa— no la devolvió, arguyendo cosas carentes de evidencia o de respaldo

en los autos. Por lo demás, hay testimonios de cargo, entre ellos el de Ramón Orozco Giraldo, quien entre otras cosas anota: "... Arcesio me dijo después a mí, que se había cagado en los dos, porque sin letra no podían hacer nada..." (V. fls. 3)".

No resulta, pues, según lo expuesto, que el Tribunal al evaluar la confesión del inculpado hubiera violado lo dispuesto en el artículo 255 del Código de P. Penal.

5. Por otra parte, entre el testimonio del denunciante José Hipacio Gómez Castaño y el de Ramón Orozco Giraldo, no hay contradicciones de fondo. Ambos están acordes al afirmar que José Arcesio Hernández Herrera por intermedio de Orozco mandó llamar a Gómez para cambiarle la letra por el cheque, y aunque este último manifiesta que Hernández al regresar de su casa "trajo una chequera, la cual no tenía sino los comprobantes", el silencio que guarda Orozco sobre este punto en su declaración inicial no puede interpretarse en el sentido de que tal hecho no hubiera ocurrido, tanto más cuanto el mismo Orozco asevera "que Hernández recibió la letra y no le dio ningún cheque a Gómez y le dijo que era que se le habían agotado los cheques que fuera al otro día", habiendo sido más explícito en la diligencia de careo con el procesado, a la que para nada alude el demandante, cuando suple dicho silencio así, perdiendo todo piso por este aspecto la argumentación del actor:

"... En mediación del mes el 26 de junio don Arcesio me mandó a mí a que buscara el señor don José Gómez, entonces José Gómez mostró la letra, entonces la cogió don Arcesio y la guardó, entonces él paró de allí inmediatamente y dijo que se iba a traer la chequera, bajó inmediatamente y se apareció con el talonario solo y dijo que se le habían acabado los cheques y así cuándo dijo que volviera por el cheque el otro día, entonces el señor José Gómez dijo como somos mortales que no le aceptaba que se quedara con la letra, porque fue que el señor Arcesio se quedó con la letra".

Ya en esta diligencia Orozco expresa que tal episodio ocurrió el 26 de junio coincidiendo así con lo que al respecto había dicho Gómez en su denuncia. Que discrepando de lo afirmado por éste, antes hubiera aseverado que tal hecho aconteció al día siguiente, es cuestión accidental de fácil ocurrencia que no afecta el contenido sustancial de ninguna de las dos declaraciones.

En cuanto a la supuesta parcialidad de estos testigos, por motivo de interés, no halla la Sala que el legítimo que ellos confiesan, sea de la naturaleza del corruptor que induce a falsear la prueba.

Hay que concluir entonces, ratificando para desechar este cargo, lo que la Sala ha expresado cuando dice que la función de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales, lo que ocurriría en este caso de aceptar las pretensiones del actor.

Segundo cargo.—Se hace consistir en lo siguiente: "El Honorable Tribunal sentenciador omitió en la sentencia recurrida valorar el hecho plenamente demostrado dentro del expediente, de que la presunta infracción imputada a José Arcesio Hernández Herrera no se tradujo en ningún perjuicio patrimonial contra el denunciante".

Se pretende demostrar este cargo diciendo que la motocicleta fue devuelta, que la mentada letra carecía de causa, que la exigencia de su pago se hubiera traducido en un enriquecimiento sin causa, que el contrato de compraventa fue disuelto, que en los delitos de falsedad se debe causar un perjuicio cierto, y se concluye así:

"No habiéndose producido ningún perjuicio de orden patrimonial en razón con el posible desaparecimiento de la letra de cambio, desaparecimiento que solamente es aceptable para el caso de que no se tome como indivisible la confesión del procesado, tenemos que estando completamente ausente todo perjuicio, no puede hablarse de falsedad documental en el presente caso".

Se contesta:

Sobre la cuestión así planteada, la Sala tiene sentado lo siguiente:

"I.—El instrumento público y el instrumento negociable, respecto a autenticidad, acorde con lo dispuesto en los artículos 1758 del Código Civil y 4º de la Ley 46 de 1923, tienen una misma categoría, por lo que, en la esfera de la protección penal, como es lógico, deben recibir el mismo tratamiento.

"II.—Esa equiparación en la esfera especificada, la consagró el artículo 233 del Código Penal, como se desprende de su propia letra, cla-

ra sobre el particular, fenómeno que se explica en consideración a que los instrumentos negociable, como varias veces lo ha observado la Corte, "son de una importancia excepcional en las relaciones comerciales para la facilidad, rapidez y seguridad de las transacciones, a tal punto que casi se les mira como una especie de papel moneda. De ahí que el legislador haya querido proteger especialmente esa clase de papeles de comercio, sancionando de manera más enérgica su falsedad y colocándolos al lado de los instrumentos públicos".

"III.—La equiparación *quoad delicta* y no apenas *quoad poenam* determina que la falsedad en instrumentos negociables participe del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos, en el que, conforme a la enseñanza de Carrara, "el daño potencial basta para su consumación, precisamente porque en la *simple acción* del delincuente, aunque no vaya seguida por el efecto que aquél quería obtener, se configura una *violación* ya ocurrida *del derecho*, y así, la *perfecta* infracción de la ley".

Y como en el caso de autos, de lo que se trata es de la falsedad por ocultamiento de un documento de aquella naturaleza el planteamiento que del cargo hace el demandante carece de relevancia jurídica, pues para que dicho delito se configure basta, como ya se expresó, el daño potencial.

Además, no se ha demostrado en este caso que tal daño no hubiera sido efectivo.

Al respecto, el Tribunal observa:

"En la labor de defensa —por lo que se expresa en diversos memoriales y por lo que se alegó en la audiencia— aquello de la compra de la motocicleta fue algo que no existió o que dejó de existir cuando Hernández declaró su voluntad de rescindir el contrato, diciendo que el vehículo no tenía las propiedades o buenas prendas de que el vendedor había hablado al hacer la negociación.

"Pero esa su preocupación, por lo desfavorable de la compra, o porque deveras tuviera derechos que reclamar, no lo facultaba para negarse a devolver la letra de cambio y ocultarla, como lo hizo, tan pronto como quedó en sus manos bajo la treta o ardid de que iba a cancelarla.

"Aquellos derechos que lo acompañaran para dar por anulado el contrato de compraventa, o su no obligación de pagar el precio, había podido hacerlos valer en juicio; pero en ningún caso hacer cosas contrarias a la ley, como fue ocultar el instrumento negociable de que se hace mérito (la letra de cambio), cuyo tenedor o poseedor de la misma, señor José Hipacio Gómez, no tenía por qué sufrir el revés de perderla".

Es pues, inane, el motivo de impugnación alegado por este concepto.

Tercer cargo.—Lo plantea el actor en estos términos: "El Honorable Tribunal sentenciador no tuvo en cuenta que el aparato sobre el cual versó la negociación verificada entre Arcesio Hernández y Tobías Valencia había sido devuelto a su dueño anterior. Hay que tener en cuenta para los efectos de la decisión del presente recurso que dicha motocicleta jamás salió de la esfera y custodia de su dueño y que tal demostración se hizo antes de dictarse sentencia de primera instancia. Por tal motivo considero que tiene operancia el artículo 429 del Código Penal".

Se responde con lo que expresa el Ministerio Público, así:

"... Considera esta Procuraduría que el tercer cargo hecho a la sentencia, no se ajusta, ni en su planteamiento, a ninguna pretensión claramente especificada en la demanda, pues que su sola enunciación como se verá, parece ser más un equívoco del recurrente que un planteamiento formal contra la sentencia.

"El señor Rubén Orozco declaró en su testimonio que la motocicleta había vuelto a poder del señor Tobías Valencia. Tal reintegro se verificó antes de que el señor Juez dictara la sentencia de primera instancia.

"Y el artículo 429 del Código Penal manda disminuir la pena al procesado cuando "Si antes de que se pronuncie sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del jurado, si fuere el caso, el responsable restituye el objeto que fue materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le haya causado, la sanción se disminuirá de una sexta parte a la mitad" (fl. 21 y 22).

"El premencionado artículo 429 que es el primero del Capítulo VI del Título XVI del Libro II, y que establece disposiciones comunes a esos capítulos, no puede tener observancia en el presente caso, pues es específico para los delitos contra la propiedad y en ningún caso puede referirse a ninguna otra disposición que a las que protegen tal derecho. Y en el caso que nos ocupa, no se habla de conducta que pueda enmarcarse dentro de estas disposiciones, sino de un delito

contra la fe pública, específicamente falsedad en documentos o instrumento negociable".

Es manifiesta, por tanto, la irrelevancia de este motivo de impugnación.

CAUSAL PRIMERA

Con fundamento en ella el demandante expresa lo siguiente:

"El único cargo que formulo a la sentencia del H. Tribunal Superior de Manizales, lo hago consistir en que habiendo devuelto el proceso antes de la sentencia de primera instancia la motocicleta que dio margen al proceso, resulta a todas luces indebida la aplicación que el Honorable Tribunal le dio a los artículos 231 y 233 del Código Penal, siendo procedente haber aplicado el artículo 429 del Código Penal que contempla una apreciable disminución de la pena impuesta. Por tal motivo considero que el H. Tribunal violó en forma manifiesta la ley penal por el desconocimiento del principio consagrado en el artículo 204 del Código Penal, en armonía con lo preceptuado en las normas ya citadas. En consecuencia, estimo que el H. Tribunal quebrantó el artículo 429 del Código Penal por haberlo dejado de aplicar en el caso de mi defendido".

Ya se dijo que en el caso de autos no se trata de un delito contra la propiedad. Por tanto, el Tribunal no podía quebrantar una disposición totalmente ajena a la índole del hecho criminoso sancionado. El delito de falsedad en documentos tutela un bien jurídico muy distinto del que protegen las normas referentes a aquel derecho.

El cargo que por este concepto se hace a la sentencia es realmente inusitado, írrito, inepto.

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 Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto en el presente caso y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Oseja Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

BIBLIOTECA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA JUDICIAL

CAPACIDAD JURIDICA DEL DEFENSOR

Cuando el poder que confiere el sindicado a su representante judicial se refiere únicamente a las instancias, carece éste de personería para asistir a su mandante en el recurso extraordinario de casación.

La Corte ha sostenido en repetidas ocasiones, que la capacidad jurídica del defensor, sea nombrado por el procesado o por el juez, al notificarse el auto de proceder, está circunscrita al juicio y sólo a él, de acuerdo con el expreso mandato del artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, lo que se explica si se tiene en cuenta que la casación no es, dentro del sistema legislativo procesal colombiano, una tercera instancia en el proceso, ni una prolongación del juicio penal, si bien los efectos de la sentencia que en ella se dicte y que desate la demanda respectiva, pueden favorecer los intereses del procesado.

En añadido a esto que aunque de manera general el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal dice que "el apoderado o defensor..." "... asistirá al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley, y lo representará en todos los demás actos del proceso", frente al mandato especial del art. 432 de la misma obra, debe entenderse la asistencia del defensor limitada al juicio. Y si se dice que el artículo 108 es norma general, ello se debe a que está colocada precisamente en el libro I del Código, cuyo rubro es "Disposiciones Generales". El artículo 432 se encuentra incluído dentro de las disposiciones especiales que regulan el sumario.

Todavía se ha recalcado que si el recurso de casación puede "ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la parte civil", ello se debe a expresa disposición legal, ahora el art. 57 del Decreto 528 de 1964 y antes los arts. 558 y 559 del Código de Procedimiento Penal. Sin que se quiera decir con lo anterior que la capacidad jurídica de este defensor se extienda hasta la representación en casación, ya que ello, como se ha dicho, equivaldría a sostener que, en el juicio penal, se surten tres instancias: ante el juez la primera, ante el tribunal la segunda y la tercera ante la Corte, y que la persona designada expresamente para representar al procesado en el juicio, lo es también para adelantar el juicio de nulidad de la sentencia de segunda instancia, que implica la demanda de casación.—A este respecto, véase sentencias de la Corte de fechas 13 de abril y 24 de junio del año en curso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta por sentencia de 14 de diciembre de 1964 confirmó la de 26 de agosto anterior del Juzgado Cuarto Superior del mismo distrito, por la cual se condena por el delito de homicidio a ISRAEL RINCON SANJUAN a la pena principal de diez años de presidio, a las accesorias correspondientes y en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con esa infracción que se cometió en Cáchira el 21 de julio de 1962 y cuyo sujeto pasivo fue Santiago Durán Patarroyo.

El señor defensor del procesado interpuso contra ese fallo recurso de casación. Se le concedió por auto de 19 de febrero de 1965 y se admitió por esta Sala en el de 9 de marzo siguiente, sustentándolo dicho apoderado mediante demanda que en providencia de 3 de junio se declaró ajustada a las exigencias legales y en la que se ordenó su traslado al Ministerio Público.

El Procurador al responderlo solicita que se deseche ese recurso.

Agotada su correspondiente tramitación ya para resolverlo se considera:

A requerimiento del juez de instancia, folio 182, todavía el proceso en su etapa sumarial, el sindicado Israel Rincón Sanjuán designó como su apoderado al doctor Ciro Ramírez González, quien se posesionó de su cargo, folio 183, y en ejercicio del mismo asistió desde entonces a su patrocinado.

Cerrada la investigación, folio 246, se calificó el mérito de la misma mediante auto de 3 de diciembre de 1963, por el cual, entre otras decisiones, folios 270 y siguientes, se llamó a responder en juicio a Rincón.

Al notificársele tal auto nombró como su defensor a su anterior apoderado.

Se le dio a éste posesión de su cargo conjuntamente con el defensor de otro acusado mediante diligencia, folio 297 vuelto, en la que se lee que "juraron asistir a todas las diligencias en que su presencia sea requerida por la ley y *representar a los procesados* nombrados *en los demás actos de la causa*" (subraya la Sala).

Así lo hizo el defensor de Rincón asistiéndolo en todos los momentos procesales del juicio hasta cuando precluyó éste con la ejecutoria del auto que le concedió el recurso de casación interpuesto por el mismo.

No obstante, sin otro mandato que el derivado de la designación que el procesado le hizo al notificársele a éste el auto de proceder, el abogado defensor de Rincón prosiguió apoderándolo y en dicha condición formuló la ya mencionada demanda de casación.

La Corte, empero, ha sostenido en repetidas ocasiones, que la capacidad jurídica del defensor, sea nombrado por el procesado o por el juez, al notificársele el auto de proceder, está circunscrita al juicio y sólo a él, de acuerdo con el expreso mandato del artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, lo que se explica si se tiene en cuenta que la casación no es, dentro del sistema legislativo procesal colombiano, una tercera instancia en el proceso, ni una prolongación del juicio penal, si bien los efectos de la sentencia que en ella se dicte y que desate la demanda respectiva, pueden favorecer los intereses del procesado.

Ha añadido a esto que aunque de manera general el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal dice que "el apoderado o defensor..." "... asistirá al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley, y lo representará en todos los demás actos del proceso", frente al mandato especial del artículo 432 de la misma obra, debe entenderse la asistencia del defensor limitada al juicio. Y si se dice que el artículo 108 es norma general, ello se debe a que está colocado precisamente en el Libro I del Código, cuyo rubro es "Disposiciones Generales". El artículo 432 se encuentra incluído dentro de las disposiciones especiales que regulan el sumario.

Todavía se ha recalcado que si el recurso de casación puede "ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la parte civil", ello se debe a expresa disposición legal, ahora el artículo 57 del Decreto 528 de 1964 y antes los artículos 558 y 559 del Código de Procedimiento Penal. Sin que se quiera decir con lo anterior que la capacidad jurídica de este defensor se extienda hasta la representación en casación, ya que ello, como se ha dicho, equivaldría a sostener que, en el juicio penal, se surten tres instancias: ante el juez la primera, ante el Tribunal la segunda y la tercera ante la Corte, y que la persona designada expresamente para representar al procesado en el juicio, lo es también para adelantar el juicio de nulidad de la sentencia de segunda instancia, que implica la demanda de casación.

Ya antes, sobre esta misma cuestión, en auto de 19 de abril de este año (los anteriores conceptos fueron expresados en providencia de 14 de junio siguiente), la Corte había dicho lo siguiente:

"Recuérdese que la etapa del juzgamiento se inicia una vez se encuentre ejecutoriado el auto de proceder (art. 439 del C. de P. P.) y termina con el trámite de segunda instancia, cuando se tiene este segundo grado de jurisdicción.

"A este respecto, dice el tratadista EUGENIO FLORIAN en sus "Elementos de Derecho Procesal Penal" lo que pasa a transcribirse:

"Una vez terminada la fase instructora se pasa al juicio, momento del procedimiento en que se resuelven todas las relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso. Es ésta la fase más importante porque en ella tiene aplicación la llamada "jurisdicción plena", por ejercitar el juez su potestad de condenar o absolver y de imponer medidas de seguridad con valor definitivo. Es la fase donde culmina el principio de confrontación (contradictorio); es la síntesis procesal, el epílogo, la resolución. El juicio no se agota en una sola vez, sino que se desarrolla por

grados: se escinde en dos importantes momentos, el de la primera instancia *(prima cognizione)* y el de la impugnación (apelación, segunda instancia)".

"Se explica, así, que dentro del recurso de casación no existe el instituto de la defensa de oficio en la forma que se establece en el artículo 433 del Código de Procedimiento Penal para la etapa del juzgamiento, pues dicho recurso no es una prolongación del juicio sino un medio extraordinario para impugnar, no en todos los casos, la sentencia de segunda instancia proferida por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

"La asistencia jurídica de un profesional de la abogacía no sólo es un derecho del procesado durante el juicio, sino que es un presupuesto necesario para su juzgamiento. Por ello, a quien es declarado reo ausente se le designa un defensor de oficio y "con éste se seguirá el juicio hasta su terminación" (art. 433 del C. de P. P.). Y esta designación que cumple el juez se contrae a esta etapa del proceso penal, por mandato del precepto citado.

"Igual cosa ocurre con el poder que confiere el sindicado a su representante judicial: si únicamente se refiere a las instancias, carece ésta de personería para asistir a su mandante dentro del recurso extraordinario de casación".

Es lo que sucede en el caso presente, dado el momento y la forma como el procesado designó a su defensor, es decir, para que lo asistiera en el juicio, con facultad limitada para esto según la ley. Carecía, por tanto, de personería para asistir a su mandante en el recurso extraordinario de casación.

Por eso, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECRETA la nulidad de lo actuado a partir del auto de 3 de junio de 1965; y DECLARA en su lugar DESIERTO el recurso, condenando en costas al recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, con salvamento de voto; *Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña*, con salvamento de voto; *Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.*

Francisco López Cruz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos sesenta y seis.

Ante la insistencia de la mayoría de la Sala en sus tesis, antes de reproducir mi ya acostumbrado salvamento de voto debo agregar una nueva razón que mis colegas deben meditar.

El error fundamental de la mayoría de la Sala radica, a mi entender, en que aplica el artículo 432 como si él dijera que el procesado tiene derecho a nombrar un defensor que lo represente *solamente* en el juicio.

Y yo creo que el defensor puede y debe representar al procesado en el juicio —cumpliéndose así el artículo comentado— pero también en otro paso del proceso (la casación), cumpliéndose así también el artículo 108. Son dos disposiciones que, en mi interpretación, se suman y complementan. Ella armoniza los textos.

En cambio, la tesis de la mayoría excluye la aplicación —per secula seculorum— del artículo 108, cabe decir que lo deroga, con notorio desvío de las reglas de hermenéutica que obligan al intérprete a armonizar, primero —si ello es posible como en estos casos— los imperativos mandatos del legislador y no dejar uno de ellos sin efecto cuando en realidad no son contradictorios.

Mi acotado salvamento dice así:

"Sobre el problema que se desata en el auto del cual tengo la pena de disentir, existen dos tesis: la de la mayoría de la Sala, apoyada no sólo en respetables argumentos sino en la ciencia y experiencia de la mayoría de la Sala de Casación Penal y la que me permito exponer en este salvamento con la mayor timidez pero con una convicción tan arraigada que no me ha sido posible renunciar a ella.

"En virtud de la primera, un sindicado a quien se le recuerda, en el acto de la notifica-

ción de un llamamiento a juicio, que debe nombrar "defensor" y manifiesta que designa a X, sólo puede ser representado en el curso del juicio, esto es, hasta la interposición del recurso de casación —si a ello hay lugar— pero no durante el trámite de éste.

"Sostengo, en cambio, que el defensor así nombrado puede no sólo interponer sino sustentar el recurso de casación. Son estas mis razones:

"La acción penal, facultad del Estado nacida u originada de la infracción de la ley penal y aún de la simple posibilidad de tal quebrantamiento, se dirige a una declaración positiva de certeza de las condiciones por las cuales una persona puede considerarse jurídicamente culpable y también, correlativamente, a la declaración negativa de certeza de la ausencia de esas mismas condiciones, o también a la simple falta de una u otra certeza como en el caso de la insuficiencia de las pruebas.

Este derecho estatal provoca el ejercicio de la jurisdicción para producir, al final, una decisión de los órganos competentes que, sin condenatoria, debe fijar el grado de responsabilidad y la cuantía y alcance de las sanciones, y si absolutoria o simplemente declaratoria de que el procedimiento debe cesar, implica que también la finalidad de la acción penal ha sido alcanzada íntegramente.

"Ahora bien, la certeza jurídica sólo se alcanza cuando la decisión se halla ejecutoriada, cuando puede hablarse de cosa juzgada y por tanto de la inmutabilidad, es decir cuando el juicio no puede ser modificado, puesto que si 'pudiera ser modificado —escribe Carnelutti—, faltaría a su finalidad, que es la de establecer la certeza'.

"Esta acción penal del Estado se realiza a través del proceso penal, disciplinado por el derecho procesal de idéntico calificativo y definido por los autores como 'el conjunto de los actos necesarios' para llegar a la certeza jurídica ya acotada.

"Aunque proceso y procedimiento —como anota Carnelutti son iguales— en lenguaje vulgar, no así en el jurídico. 'Así ocurre, entre otras cosas —dice— que un proceso puede contener varios procedimientos: por ejemplo, el procedimiento de primer grado, el procedimiento de apelación, el procedimiento de casación...'.

"De suerte que el proceso penal, que se inicia con la instrucción del sumario, termina cuando se expide una providencia no susceptible de recurso alguno, vale decir con la firmeza de la ejecutoria, que es cuando existe la certeza legal penal.

"Mientras una decisión de los Jueces competentes pueda ser impugnada y como resultado de esa impugnación la certeza provisoria pueda ser cambiada por la definitiva, ni la acción penal, ni el proceso que la ejerce han terminado.

"Así se deduce de una interpretación obvia del art. 196 del C. de P. P., refrendada por los tratadistas.

"Manzini expresa en una parte:

"'Las impugnaciones determinan de ordinario la subdivisión del proceso en *grados:* a consecuencia de ellas al juicio de primer grado pueden seguir los juicios de segundo (apelación) y de tercer grado (casación)—' (pág. 4 Del Procedimiento Penal, T. V).

"Y en otra parte: 'Como la posibilidad actual de la impugnación o la efectiva impugnación impide que se haga ejecutiva la providencia, se sigue de ello que, no sólo la declaración de impugnación, sino también el hecho del inicio del transcurso del plazo de impugnación producen el efecto de mantener la vida de la acción penal...' (Obra citada pás. 7 y 8).

"La presentación de una impugnación inicia, como hemos dicho, una nueva fase procesal. Esto significa que, no obstante la autonomía formal de la nueva relación procesal, se trata excepcionalmente de la prosecución o de la renovación del procedimiento anterior, en el ejercicio de la misma acción penal, la cual reune en un único proceso, o sea en una sola relación procesal global, las diversas fases del procedimiento' ".

"Y hablando asimismo de la casación, que llama, con notable acierto, juicio sobre el juicio, dice Carnelutti: 'La crítica de la decisión es pues una etapa de *iter* procesal'.

"Entonces, cabe decir que el proceso penal, además de las dos etapas de sumario y juicio de que específicamente tratan los artículos 271 y 439 del Código de Procedimiento Penal, tiene, también entre nosotros, una tercera etapa cuando se interpone recurso de casación para juzgar la sentencia que es su objeto principal.

"Y no podría ser de otra manera, porque si el fallo de casación puede convertir una sentencia absolutoria en condenatoria, o viceversa, o aumentar o disminuir la pena, o invalidar el fallo ordenando reponer el procedimiento, es ob-

vio que aun el Estado no ha finalizado la misión que se desprende de la acción penal, y, por tanto, tampoco los actos que sirven para ejercerla, vale decir, se repite, el proceso penal.

"Así las cosas, si según las voces del artículo 108 del C. de P. P., 'el defensor... asistirá al procesado... y *lo representará en todos los demás actos del proceso* (subrayas mías)', es evidente que, interpuesto por dicho defensor o por su cliente, o por ambos, el recurso de casación, también durante éste, es que continúa la acción penal mediante otros actos procesales, tiene su completa representación, es decir, puede, si está inscrito como abogado en la Corte, presentar la demanda de casación e intervenir en todos los procedimientos del recurso, con el sólo hecho de haber sido, en su oportunidad, designado defensor, siempre que su mandato no se haya revocado o que no haya sido restringido, expresamente, a las instancias o que, también expresamente, al conferírsele, no se haya exceptuado la facultad de intervenir en casación.

"Ante el texto del artículo 108 resulta ilegal exigir poder específico para intervenir en Casación, porque al contrario: sólo se puede rechazar la facultad de sustituir al imputado cuando concretamente ella le ha sido *denegada*.

"Esta tesis tiene, además dos refuerzos:

"a) Interpreta mejor el pensamiento del imputado cuya voluntad es la de que se le defienda hasta el agotamiento de todos los recursos, pues si bien es cierto que el fin primordial de la casación es la defensa de la ley, hay un fin secundario, pero de capital interés para el recurrente, cual es el de obtener posibles ventajas en su favor: nulidad de lo actuado, rebaja de la penalidad, absolución, etc., pasos que complementan su defensa.

"b) Es una interpretación más benigna que favorece la defensa permitiendo al defensor hablar por el imputado mientras se aprecie una garantía de justicia. O sea, atacando, en casación, el fallo en que culminó su actuación en el juicio y que lógicamente, si puede ser impugnado, no ha definido una certeza judicial.

"Y no se opone a lo anterior el artículo 432 del C. de P. P. que habla de 'nombrar un defensor que lo represente en el juicio', por tres razones:

"1ª—Porque de haber antinomia entre los dos preceptos —éste y el del artículo 108—, debe estarse a la interpretación más favorable en virtud del principio universal de que, en materias penales, la favorabilidad prefiere a la interpretación restrictiva o desfavorable.

"2ª—Porque la ordenación del artículo 432 está incluída en un Capítulo del Código que va regulando, apenas, la mecánica de adelantamiento del proceso, mientras el 108 integra el conjunto de disposiciones que especialmente disciplinan lo relativo a apoderados y defensores.

"3ª—Porque la tesis de la mayoría deja sin ninguna operancia la parte final del artículo 100, al paso que la que sostengo no impide que el sindicado sea representado 'en el juicio', que es lo esencial del artículo 432".

Eduardo Fernández Botero

Salvamento de voto:

Como ya lo he hecho en otras ocasiones, me permito exponer los motivos de mi disentimiento en relación con la providencia precedente, según la cual el defensor del reo, designado de oficio por el juez o por el interesado, carece de personería adjetiva para sustentar el recurso de casación ante la Corte.

1º—Desde luego, la representación del reo en el proceso hace relación a la personería adjetiva o legitimatio ad processum que no atañe a la parte sustancial de la acción penal, la cual bien puede haberse agotado con la sentencia de segunda instancia, pero no obstante tal evento, conserva el defensor la suficiente capacidad procesal para representar al reo en el recurso extraordinario de casación, como así lo ha dispuesto el C. de P. P.

2º—Ahora, de acuerdo con la legislación positiva, el defensor, cualquiera que sea su origen, es decir, nombrado de oficio por el juez o designado por el enjuiciado, conserva su personería adjetiva para representar a su patrocinado y fundar, ante la Corte, el recurso de casación, pues el art. 108 del C. de P. P. dispone:

"El apoderado o el defensor tomará posesión de su cargo, jurando ante el funcionario instructor o el juez del conocimiento y su secretario cumplir con los deberes que le incumben, asistirá al procesado en las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley, y lo representará en todos los demás actos del proceso".

3º—Como puede verse, en la última parte de la disposición copiada, en forma expresa y sin

limitación alguna, impone al apoderado o al defensor el deber de asistir "al procesado en las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley, *y lo representará en todos los demás actos del proceso*". Es así que el fundar el recurso de casación ante la Corte es un acto del proceso, luego el defensor tiene capacidad procesal para representar al reo en tal acto.

4?—Dentro de las *normas* lógicas, no puede considerarse que el art. 108 del C. de P. P. haya sido modificado por el art. 432 del mismo Código, por estas razones:

a) Al disponer el art. 432 del C. de P. P. que "al notificar el auto de proceder, se hará saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio", no puede interpretarse que modifica o deroga lo preceptuado en el art. 108, sino que, por el contrario, lo ratifica, porque el "juicio es parte del TODO que está integrado *por el proceso;* y lo que se predica de una de las partes de un todo se predica también de éste, es decir, no son conceptos que se excluyan los contenidos en el art. 108 con lo dicho en el art. 432 ambos del C. de P. P.

b) El art. 108 del dicho Código reglamenta también las formalidades que deben observarse, como aquella de que el apoderado o el defensor "tomará posesión del cargo, jurando ante el funcionario instructor o del juez del conocimiento y su secretario cumplir con los deberes que le incumben. . . ."; si fuera cierta la tesis sustentada en la providencia anterior, como en el art. 432 del mismo Código nada se dice sobre posesión, etc., habría que deducir que tal formalidad no es indispensable o que está abrogada por el dicho art. 432, lo cual resulta del todo inadmisible, por decir lo menos.

c) El art. 108 del C. de P. P. se halla *entre las normas de carácter especial* del dicho Código, que tienen por objeto, además de señalar las formalidades, determinar los poderes o facultades de los apoderados o de los defensores, que no pueden considerarse limitados por otras disposiciones que, como el art. 432, no tienen tal finalidad específica, sino la de fijar la forma de notificar el auto de proceder y señalar la *oportunidad* para que el enjuiciado haga uso del derecho de designar su defensor o de que lo nombre el juez de oficio, defensor que tendrá los deberes, facultades y derechos de que ya se halla investido en fuerza de lo dispuesto en el art. 108 que no había para qué repetir o ratificar.

d) En tratándose de dos interpretaciones contradictorias y en materia penal, debe preferirse la que sea favorable al reo, máxime si el defensor tiene la misión de representar al encausado ausente o ha sido designado de oficio por el juez, porque, no interviniendo en tales actos, mal podía considerarse limitadas las facultades que el art. 108 citado confiere a aquel.

e) Se ha inventado una discutible nulidad constitucional con equivocado fundamento en el art. 26 de la Constitución, para declarar la nulidad de la actuación cuando, por ejemplo, el defensor de oficio no ha actuado en favor del sindicado o procesado, solución que no se compadece con la actual en que se desecha la intervención de aquel, es decir, si no actúa mal y si lo hace no se aceptan sus gestiones, posición verdaderamente contradictoria.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

PROCESO POR HOMICIDIO Y ROBO, RITUADO CON LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO PENAL

Tachas a las sentencias carentes de significación o efecto procesal por presunta violación del artículo 203 del C. de P. P.—Evaluación de testimonio, aportado al proceso, como "único medio probatorio". —Para qué fue creada por la Jurisprudencia la llamada nulidad constitucional.—La Corte ratifica su constante doctrina relativa a que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente la causal segunda de casación.

1.—La llamada nulidad constitucional fue creada por la jurisprudencia con fundamento en el artículo 26 de la Carta "no para que se entendiese que cualquier informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del indiciado cuando se prelermite un requisito procesal esencial cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y el proceso penales que no esté definido como causa de nulidad legal".

2.—En tratándose de juicios en que interviene el Jurado, según doctrina de la Corte, no es pertinente la causal segunda por dos razones: la primera, porque el Jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación.

En estos juicios es al Jurado a quien le corresponde calificar los hechos y definir la responsabilidad (arts. 480 del C. de P. P. y 28 de la Ley 4ª de 1943).

"Al Juez de derecho no le incumbe sino dictar la sentencia de acuerdo con aquella calificación, señalando las sanciones que deben imponerse en caso de condena, o absolviendo al procesado cuando el Tribunal Popular lo haya declarado libre de reato. Lo que sí puede es declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así lo estime (C. de P. P., artículo 537)".

Mas cuando esto no ocurre, cuando el Juez acepta el veredicto en vista del respaldo probatorio que le brinda el proceso, viene a constituir él, si es condenatorio, la plena prueba que requiere el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

En esta clase de juicios no se puede referir dicha norma a las pruebas, como lo hace el actor, sino al veredicto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, nueve de agosto de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Cumplidas las ritualidades previas, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que confirmó la de seis de mayo anterior, proferida por el Juzgado Segundo Superior del mismo distrito condenando a JORGE IVAN TORO GARZON a la pena principal de veinte años de presidio y a las anexas del caso como responsable de los delitos de homicidio y robo perpetrados en dicha ciudad el 12 de septiembre de 1961 contra la vida y bienes de Manuel Serna Hoyos.

ANTECEDENTES.

El *a-quo* calificó el mérito de la investigación en auto de 19 de julio de 1962. Revisado

por apelación y consulta, lo confirmó el Tribunal mediante el suyo de 10 de noviembre siguiente, en el cual se trasunta en estos términos el drama criminoso:

"A eso de las siete de la mañana de la fecha conocida arribó a esta ciudad un camión de pasajeros, procedente de la población de El Santuario; como era costumbre, desde algún tiempo antes, el conductor del vehículo desvió la ruta común de entrada a la ciudad, a fin de arrimar hasta su propia residencia al señor Manuel Serna Hoyos y para ello cruzó de la calle de Ayacucho, por la carrera Bélgica, hasta Dimas Estrada, número 38-27, donde a pocos instantes de apearse el señor Serna, fue acribillado a disparos de revólver y despojado de un maletín, en el cual se dice portaba una apreciable suma de dinero y algunos otros valores. Los autores del asalto cubrieron su retirada a disparos y emprendieron su huída en un automóvil de servicio público que tenían estacionado en el crucero próximo (Dimas Estrada-Bélgica)".

En aquellas providencias se enjuició el caso sub judice a la luz de las pruebas demostrativas del cuerpo de tales reatos, lo mismo que de las referentes a la responsabilidad de quienes fueron indagados como posibles autores o partícipes y cuya situación se dilucida en ellas sobreseyendo temporal o definitivamente en favor de unos y resolviendo en juicio criminal a dos de ellos, esto es, a Jorge Iván Toro Cárzón y a Erasmo Enrique Cano o Ramón Enrique Cano a quienes se atribuye la comisión, en concurso recíproco, de aquellos delitos, cometido el de homicidio en las circunstancias previstas en los ordinales 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal.

El Tribunal, al justipreciar en tal ocasión las pruebas, se expresa así respecto de las que militan contra el recurrente y que el *a-quo* relaciona detalladamente:

"... Fue vinculado (Toro Garzón) al informativo mediante informes fidedignos que recibió el señor Secretario del Juzgamiento ciento cincuenta y ocho de Instrucción, oficina que avocó esta investigación. Se trata de un sujeto a quien desde un principio la justicia no puede abonarle sinceridad. Díganlo si no su ingenuamaliciosa explicación de que desconoce la nomenclatura de la ciudad, dada su profesión de chofer, y el amparo que pretendió encontrar en el pase de responsabilidad a un tercero, JUAN JOSE MEDINA STEVENSON, quien por su dicho surgió en el ambiente de este sumario, autoacusándose de los ilícitos en inquisición, dizque en compañía de Dávila Marín y del antisocial peruano César Inchaurte, en pormenorizado relato que aparece a folios 261-270 de los autos (transcrito íntegramente en la providencia de revisión y de cuyo análisis del *a-quo* sólo al parecer resalta la ficción del declarante, para redimir a Toro Garzón).

"Súmase a lo anterior la descripción que la mayor parte de los declarantes del proceso hacen de la afiliación e indumentaria de uno de los atacantes del señor Serna, que coinciden exactamente con las del procesado, y que además fue reconocido directamente, en rueda de presos, como uno de ellos por los testigos Luis Eduardo Grajales, Carmen Emilia Quiñones, Martha Zuluaga y el propio co-sindicado Dávila Marín, muy a pesar de que éste apenas exprese *que se le parece a uno de los que ocuparon su vehículo* en esa mañana trágica".

En firme el auto de proceder, se le imprimió a la causa su curso legal. Abierta a pruebas, ejercieron el derecho de pedirlas, el señor Fiscal, el defensor de Toro Garzón y el procesado Erasmo o Ramón Enrique Cano. Por auto de 7 de febrero de 1963 se ordenó que se practicaran las solicitadas. Lo fueron las visibles a los folios 151 a 172 del cuaderno respectivo.

Convocado el jurado que debía evaluar en definitiva todas las recogidas a lo largo del proceso, se celebró la audiencia pública. Todavía en ésta a petición del señor Agente del Ministerio Público y de los defensores de los enjuiciados, se recepcionaron los testimonios de las personas que aparecen declarando en tal acto, entre ellos el del propio Juez investigador, doctor Alfonso Medina Pérez.

Al jurado se le propusieron los cuestionarios que debía absolver redactados para cada procesado en conformidad con los cargos que se les dedujeron en las providencias enjuiciatorias. En torno a ellos giró el debate forense. Intervinieron en él el Ministerio Público, el apoderado del actor civil y los personeros de Toro Garzón y de Cano. Todo el material probatorio se sometió por las diversas partes a meticulosa crítica. Con la mayor amplitud expusieron sus antagónicos puntos de vista. Las dos primeras solicitaron un veredicto condenatorio. La defensa pidió que los cuestionarios se contestaran negativamente. El jurado respondió en esta última forma los correspondientes a Cano y, unánimemente, con un "Sí" los referentes al procesado Toro Garzón.

El *a-quo* no encontró que tales respuestas fueran claramente contrarias a la evidencia de los hechos, y sobre ellas fundó la sentencia que ya se citó. Lo propio consideró el Tribunal al confirmarla mediante la que ha sido recurrida.

DEMANDA Y RESPUESTA

En el libelo se aducen contra ella, la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y como subsidiaria de ésta, la primera del mismo texto.

Con fundamento en la cuarta, se acusa la sentencia por estos tres conceptos:

Primer cargo.—Lo resume el actor así:

"El fallador de segundo grado en la sentencia recurrida violó el artículo 26 de la Constitución Nacional que manda juzgar a los ciudadanos observando la plenitud de las formas propias del juicio penal. Señaló como norma expresamente violada el artículo 203 del C. de P. P. que prohibe dictar sentencia condenatoria en materia criminal "sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a responder en juicio". No es prueba legalmente producida en este juicio la declaración de un testigo secreto cuyas condiciones personales no son conocidas dentro del juicio y sobre cuyo dicho el propio Ministerio Público pidió al jurado de conciencia que condenara o absolviera al procesado. Es necesario tener en cuenta que sobre este "*único medio probatorio*" fundó su pedimento el señor Agente del Ministerio Público, según puede verse de las Actas de la audiencia".

Al tratar de demostrar este cargo, el demandante se entretiene en la evaluación de dicho testimonio que corresponde al rendido por Arturo Useche, Secretario de Juzgado que avocó la investigación y que se abstuvo de suministrar el nombre de la persona de quien recibió los informes que a su turno transmitiera a la justicia y mediante los cuales fue Toro Garzón vinculado al informativo. Testimonio que según el impugnador carece de fuerza probatoria por no reunir el artículo 224 del Código de P. Penal, coligiendo que fue en virtud de él por lo que el jurado profirió veredicto condenatorio contra su poderdante y fue éste llamado a juicio sin que se recaudaran los presupuestos del artículo 429 ibidem.

Segundo cargo.—Lo hace consistir el impugnador "en que el testimonio del señor doctor Alfonso Medina Pérez no puede ser creído por los vicios que recaen sobre dicho testimonio".

"La falta de imparcialidad —dice— del señor Juez de instrucción doctor Medina Pérez, el interés personal en buscar una víctima propiciatoria para quedar bien con el jefe de la Seccional de Instrucción Criminal, nos demuestra que el proceso seguido contra el señor Jorge Iván Toro Garzón no se amoldó a los cánones de la juridicidad, motivo por el cual se desconoció la garantía del derecho de defensa, expresamente consagrado en el artículo 26 de la Carta".

Cabe advertir que dicho testimonio se recepcionó en el acto de la celebración de la audiencia pública.

Tercer cargo.—Estriba en la afirmación "de que las pruebas solicitadas por los apoderados y defensores tendientes ellas a demostrar la inocencia del sindicado, no fueron practicadas con la "URGENCIA" prevista en el artículo 356 del C. de P. P., norma ésta —dice el actor— que considero violada por los juzgadores de instancia. Este cargo tiene suficiente demostración en el proceso, que hasta el señor Fiscal del Juzgado solicitó estérilmente la práctica de diversas pruebas dentro del término legal, pero su petición rodó en el vacío por incuria y negligencia de los funcionarios llamados a practicarlas".

Asevera más adelante que "Los reconocimientos verificados al sindicado Toro Garzón por los testigos de cargo, carecen de valor legal, porque tales reconocimientos se hicieron mostrando previamente el sindicado a los testigos".

Se responde:

Fácilmente se advierte ante tales planteamientos que las tachas que el actor aduce para tratar de demeritar con ellas determinados elementos de convicción, no se refieren a las causas de nulidad en los procesos penales y que están taxativamente señaladas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Y si desde este punto de vista carecen, como dice el Ministerio Público, de toda significación o efecto procesal, a fortiori es evidente también que escapan del ámbito de la llamada nulidad constitucional, como que ésta fue creada por la jurisprudencia con fundamento en el artículo 26 de la Carta "no para que se entendiese que cualquiera informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los preceptos citados, fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del indiciado cuando se pretermite un re-

quisito procesal esencial cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y el proceso penales que no esté definido como causa de nulidad legal". Omisión que en el caso de autos por parte alguna se vislumbra. Antes bien, lo que proclama la actuación es que se cumplieron a plenitud las formas propias del juicio a que fue sometido el recurrente.

Además, algunos de los referidos cargos se fundan en simples presunciones del actor que no consultan la realidad procesal, como es la de afirmar que el jurado llegó a la convicción de la responsabilidad de Toro Garzón por haberlo solicitado así en la audiencia el Ministerio Público sobre la base del testimonio de Arturo Useche como "único medio probatorio", siendo así que los informes suministrados por dicho testigo sólo sirvieron de puntos de referencia que fue verificado por otros medios probatorios, controvertidos todos ellos ampliamente en dicha audiencia.

Aparte de esto, ese testimonio aparece rendido en el sumario con el lleno de las formalidades legales. Lo mismo ocurre con el que se le recibió en aquel acto al doctor Alfonso Medina Pérez. No fueron otrosí éstos los únicos elementos de cargo. En la sentencia recurrida se señalan todos los que conspiraban contra Toro Garzón.

No puede, pues, afirmarse, en tales circunstancias, que aquella íntima convicción se produjo por éste o por aquel medio o en virtud de determinadas influencias.

Es cierto, por otro lado, lo que expresa el Procurador Primero Delegado en lo Penal en estos términos:

"Y, en relación con el "tercer cargo", se observa que basta leer las actas de audiencia pública para comprender que las pruebas solicitadas por el señor Fiscal Segundo Superior de Medellín fueron evacuadas".

Pero, es que si se repara en la enunciación de tales cargos, se advierte de inmediato que es improcedente su planteamiento dentro de la causal cuarta.

Todos ellos inciden en el valor que debió dárseles a determinadas pruebas y en el error en que, según el sentir del demandante, incurrió el Tribunal al asignarles el que no tenían.

Pero ese planteamiento corresponde a la causal segunda, no a la cuarta, y tal parece que ante la imposibilidad de invocar aquélla por tratarse de un juicio en que intervino el jurado, se hubiera apelado a ésta proponiendo cuestiones que escapan a su ámbito, ya que en tales juicios, según doctrina de la Corte, no es pertinente la causal segunda por dos razones: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación.

En estos juicios es al jurado a quien le corresponde calificar los hechos y definir la responsabilidad (arts. 480 del C. de P. P. y 28 de la Ley 4ª de 1943).

"Al Juez de derecho no le incumbe sino dictar la sentencia de acuerdo con aquella calificación, señalando las sanciones que deban imponerse en caso de condena, o absolviendo al procesado cuando el Tribunal popular lo haya declarado libre de reato. Lo que sí puede es declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así lo estime (C. de P. P., art. 537)".

Mas cuando esto no ocurre, cuando el Juez acepta el veredicto en vista del respaldo probatorio que le brinda el proceso, viene a constituir él, si es condenatorio, la plena prueba que requiere el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

En esta clase de juicios no se puede referir dicha norma a las pruebas, como lo hace el actor, sino al veredicto.

Lo alegado por el demandante resulta, por tanto, no sólo infundado sino fuera del ámbito de la causal cuarta.

Fallida ésta, la primera que se invoca como subsidiaria es igualmente inane.

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 Procurador DESECHA el recurso de casación interpuesto en el presente caso y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

PRESUNTA EXENCION DE RESPONSABILIDAD POR ERROR DE DERECHO

Nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P.—Cuestión alegada como principal que no puede emplazarse en la causal 4ª.—La Corte ratifica su criterio respecto de la llamada nulidad constitucional, creada por la jurisprudencia.—Absoluta libertad del Jurado para apreciar las pruebas, según su íntima convicción.—Impertinencia de las causales 4ª, 2ª y 1ª alegadas por el recurrente, para el caso sub-judice.

1.—El error relativo a la denominación jurídica de la infracción mira a su calificación genérica y estriba en el hecho de dársele a un delito la que no le corresponde, como cuando se llama a responder en juicio por robo y de lo que en realidad se trata es de un hurto.

2.—Si la causal cuarta es impertinente para atacar una sentencia invocando la estimación errónea por parte del Juez de las pruebas recaudadas; si lo es también la segunda por tratarse de juicios en que interviene el jurado, así se aduzca ésta sin que se advierta su objeto como subsidiaria de aquella, y si la primera se hizo depender de la segunda, inanes resultan todas ellas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto once de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Cumplidos los trámites propios del recurso de casación, se procede a resolver el interpuesto contra la sentencia de 27 de octubre de 1964 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la que, reformando la de 24 de enero anterior del Juzgado Sexto Superior del mismo distrito, se condena a SALOMON CAMARGO SANCHEZ a la pena principal de doce años de presidio como responsable del delito de homicidio de que hizo víctima a Cristóbal Jiménez Parra y por el cual fue llamado a responder en juicio por auto de 1º de julio de 1963 que consintieron las partes y en el que a la par de las pruebas demostrativas de la materialidad del hecho criminoso, se relacionan las que señalan a Camargo Sánchez como a su autor y se excluye la eximente invocada por éste de haber obrado en trance de legítima defensa al ser desafiado y golpeado en la cara por Jiménez con una botella.

El cargo que en dicho auto se le atribuye al inculpado se concreta así en la cuestión que se propuso al jurado:

"El procesado SALOMON CAMARGO SANCHEZ... ES RESPONSABLE, SI O NO, de haber dado muerte a Cristóbal Jiménez Parra, en forma voluntaria o de propósito y con intención de matar, mediante heridas causadas con proyectil de arma de fuego de corto alcance, cuyo proyectil perforó el intestino grueso y el riñón izquierdo produciendo una peritonitis aguda difusa que produjo el fallecimiento de la víctima, según hechos ocurridos en las horas de la noche del 23 de diciembre de 1961 en un sitio de la fracción de El Peñón, de la Inspección Departamental de Policía de Sibaté, del Municipio de Soacha y de la comprensión de este distrito judicial?"

Con base en esta única cuestión se celebró la audiencia. Frente a ella, el Ministerio Público y la defensa sostuvieron tesis antagónicas. Aquél pidió un veredicto condenatorio. Esta, absolutorio por haber obrado su patrocinado por la necesidad de tutelar su vida. La respuesta del Tribunal popular fue, por unanimidad, ésta: "Si es responsable".

Por no encontrarlo claramente contrario a la evidencia de los hechos, el juzgador de instancia acogió ese veredicto y fundó sobre él la sentencia que revisada por el Tribunal en virtud

del recurso de apelación interpuesto contra ella, fue por éste reformada en el sentido que ya se indicó, previas las consideraciones pertinentes que lo llevaron a justificar la aceptación que de él hizo el *a-quo* y a estimarlo, a su vez, como la plena prueba del hecho y de la responsabilidad del acusado.

DEMANDA Y RESPUESTA

En el libelo se invocan contra la sentencia recurrida las causales cuarta, segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: la última como consecuencia de la segunda y ésta como subsidiaria de la cuarta.

Toda la argumentación del actor en cuanto se refiere al principal motivo de impugnación descansa sobre la afirmación de que es nulo el auto de proceder porque en vez de haberse llamado a juicio al procesado, debió sobreseérsele definitivamente.

Para sustentar este aserto se entretiene en analizar uno a uno los testimonios que le sirvieron al *a-quo* para fundar aquella providencia y en asignarles el valor que según su sentir los corresponde y que dicho funcionario no les dio.

Es así como llega a la conclusión de que está establecida la legítima defensa real de su poderdante y que al desconocer en aquel auto este caso de justificación, se violaron el artículo 26 de la Carta, el 428 del Código de P. Penal que le indicaba al Juez cómo debía calificar el sumario, el 204 que le fijaba la pauta para apreciar las pruebas, el 205 y el 206 ibidem, agregando finalmente que por este concepto se conculcó también el ordinal 8º del artículo 198 de la misma obra, señalando al respecto los eventos en que puede producirse la nulidad prevista en dicho numeral para expresar luégo, a guisa de aplicación de tal ordenamiento, lo siguiente:

"Aquí, sólo trataremos el error, en cuanto a la denominación jurídica de la infracción.

"Existe el caso especial de la violación del artículo 437, que ordena al momento de calificar el mérito del sumario, dictar auto de sobreseimiento definitivo, cuando se dan los eventos allí mismo contemplados, por ejemplo, 'cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal'. Si se da este evento, debe calificarse el hecho, como un hecho justificado que no da lugar a responsabilidad. Si se desconoce la norma y se enjuicia, ha habido un error de derecho, tremendamente grave, que vulnera derechos fundamentales del ciudadano, por lo cual, debe declararse la nulidad y repararse el daño, o casarse la sentencia".

Se responde:

La referencia que del citado numeral 8º hace el actor, no tiene concomitancia con lo dispuesto en él. El error relativo a la denominación jurídica de la infracción mira a su calificación genérica y estriba en el hecho de dársele a un delito la que no le corresponde, como cuando se llama a responder en juicio por robo y de lo que en realidad se trata es de un hurto.

Lo que el demandante alega sobre el particular, se refiere a una cuestión diferente que incide sobre la interpretación de los hechos y las pruebas, como él mismo lo ha entendido al contraponer la suya no sólo a la de los juzgadores de instancia sino a la del propio jurado a quien en definitiva competía en este caso calificar los hechos y definir la responsabilidad del acusado (artículos 480 del Código de P. Penal y 28 de la Ley 4ª de 1943).

Además, el empeño del actor, dentro del planteamiento y sesgo que a la cuestión principal ha pretendido darle, no puede emplazarse en la causal cuarta.

Las supuestas irregularidades que señala, son de carácter simplemente interpretativo. Atañen a la evaluación de las pruebas, y las normas que indica como infringidas por el *a-quo* en el auto de proceder, aluden a tal aspecto, no a las causas de nulidad en los procesos penales determinados taxativamente en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

El mismo impugnador advierte esto y lo que aduce como motivo de invalidez, pese a la fallida cita del ordinal 8º de la primera de tales disposiciones, sobre presupuestos realmente problemáticos, es una nulidad de orden supralegal.

Empero, en este campo, lo ha repetido la Corte, la nulidad llamada constitucional fue creada por la jurisprudencia con fundamento en el artículo 26 de la Carta, no para que se entendiese que cualquiera informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los preceptos citados, fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del inculpado cuando se pretermite un requisito procesal esencial cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y el proceso penales que no esté definido como causa de nulidad

legal. Omisión que en el caso de autos por parte alguna se vislumbra. Antes bien, lo que proclama la actuación es que se cumplieron a plenitud las formas propias del juicio a que fue sometido Camargo Sánchez.

Lo alegado por el actor se desplaza, por su propia naturaleza, a la causal segunda. Sólo que no pudiendo invocar ésta por tratarse de un juicio en que intervino el jurado, apeló, por extraño camino, a la cuarta, sustentando una tesis, la del error en la apreciación de determinados hechos que considera eximentes de la responsabilidad de su poderdante, que no podía tener cabida sino en aquélla y que manifiestamente escapa del ámbito de ésta.

Pero la segunda, como es obvio, ha de predicarse de la sentencia recurrida y, además, como tantas veces se ha repetido, no es pertinente en aquellos juicios, porque en ellos el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción, y porque ese examen probatorio, tal lo pretende el demandante en este caso, conduciría, por vía extralegal e indirecta, a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación y que compete hacer (art. 537 del Código de P. Penal) al Juez de derecho. Lo que conllevaría —esto sí— a través de semejante pretensión, al quebrantamiento de las formas propias del juicio en que interviene el jurado.

Y si la causal cuarta es impertinente para atacar una sentencia invocando la estimación errónea por parte del Juez de las pruebas recaudadas; si lo es también la segunda por tratarse de tales juicios, así se aduzca ésta sin que se advierta su objeto como subsidiaria de aquélla, y si la primera se hizo depender de la segunda, inanes resultan todas ellas.

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 Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto en el presente caso y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Oseja Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

BIBLIOTECA

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL CASTRENSE PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE SECUESTRO Y EXTORSION O DE CUALQUIER OTRO DELITO COMETIDO EN CONEXIDAD CON AQUELLOS

Hechos cometidos con anterioridad a la vigencia del Decreto número 1290 de 1965.—Interpretación y alcance de los artículos 311 y 314 del C. de J. P. M. y 40 de la Ley 153 de 1887.

1.—De acuerdo con lo que señalan los artículos 1º y 3º del Decreto 1290 de 1965, el juzgamiento de los sindicados de los delitos de extorsión y secuestro y de los delitos que le sean conexos corresponden a la Justicia Penal Militar, por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, así se trate de hechos cometidos antes de la vigencia de este estatuto (21 de mayo de 1965), pues, de una parte, se dice que "los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión pasarán inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado en que se hallen", y, de otra, se dispone que la justicia penal castrense "conocerá igualmente de cualquier otro delito cometido en conexidad con los anteriores...", esto es, de los mencionados en el artículo 1º del mismo Decreto, entre los que se citan los de secuestro y extorsión.

Resulta, así, evidente que, si se tiene la conexidad de alguno o algunos delitos con el de extorsión o con el de secuestro, si para estos dos últimos corresponde su conocimiento a la jurisdicción penal militar, así se trate de hechos cometidos antes del 21 de mayo de 1965, también le compete juzgar los que sean conexos con aquellos, por mandato del Código de Procedimiento Penal y del mismo Código de Justicia Penal Militar, a saber:

"Artículo 54 (C. de P. P.).—Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso".

"Artículo 314 (C. de J. P. M.).—Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso, salvo las excepciones consagradas en este Código".

Y el artículo 311 del C. de J. P. M., citado por el juzgador militar de primera instancia, no constituye excepción alguna al artículo 314 transcrito. Antes bien, ratifica lo que allí se dice, pues se alude al caso de que un mismo agente cometa a la vez delitos comunes y delitos sometidos a la jurisdicción penal militar, sin que entre ellos exista relación de conexidad, evento en el cual la autoridad militar conoce de los segundos y los jueces ordinarios de los primeros. Entonces, si aparece conexidad y se cuenta, además, con un precepto como el contenido en el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1290 de 1965, es obvio que la justicia penal castrense debe conocer, a más de los delitos mencionados en el artículo 1º de este estatuto, de los que resulten conexos. Y se trata de los de secuestro y extorsión, la misma conclusión corresponde, aun cuando los hechos hubieran sido cometidos antes de la vigencia del Decreto 1290 de 1965.

2.—No tiene el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 el alcance que le da el juzgador militar de primera instancia en este caso, pues el trámite del Consejo de Guerra Verbal únicamente a él le corresponde, y en este negocio no existía actuación o diligencia alguna iniciada y que no se hubiese concluído. Si se alude al hecho de que el sumario no se había perfeccionado, ello no significa que se trate de actuación o diligencia iniciada y que no se hubiese concluido, pues bien sabido es que esta etapa del proceso penal, de acuerdo con el artículo 271 del C. de P. P. la constituye un conjunto de diligencias y actuaciones "propias para comprobar 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".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto diecisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para dirimir la colisión de competencias surgida entre el Comando de la Quinta Brigada de las Fuerzas Militares, con sede en Bucaramanga, y el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad, en cuanto al conocimiento del proceso penal seguido contra IGNACIO MORENO HERNANDEZ y otros, la Corte toma en cuenta:

1º—Según anota el juzgador militar de primera instancia, se trata de varios delitos conexos con el de extorsión, y por este motivo, atendida dicha conexidad. "la competencia se traslada a la jurisdicción ordinaria, porque así lo indica el sentido común y la lógica interpretación del artículo 311 del Código de Justicia Penal Militar", en el cual se dispone que "si un mismo agente comete a la vez delitos comunes y delitos sometidos a la jurisdicción castrense, sin que entre ellos exista relación de conexidad, la autoridad militar conoce de los segundos y las autoridades comunes de los primeros".

Agrega el Juez militar que, "por otro aspecto, considerada la competencia para el caso presente, se tiene que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece: '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'. Y es evidente que cuando estas diligencias sumarias se iniciaron en el año de 1964, la competencia para conocer del delito de extorsión correspondía a la justicia ordinaria y no a la militar".

2º—El Juzgado 2º Superior de Bucaramanga anota que no tiene facultad para ocuparse de este asunto, porque únicamente se trata del delito de extorsión, habida cuenta de que, "en el presente caso, no se dan los elementos que tipifican el delito de concusión, y, por lo tanto, no resulta la conexidad de que informa el juzgador castrense de primera instancia".

3º—Sea que se trate únicamente del delito de extorsión, o de otras infracciones punibles conexas con aquél, es obvio que la competencia para adelantar este proceso penal le corresponde a la Justicia Penal Militar, aun cuando, como ocurre, se refiera a hechos cometidos con anterioridad a la fecha del Decreto número 1290 de 1965 (21 de mayo).

En efecto:

a).—El artículo 1º del citado estatuto señala que "a partir de la vigencia del presente decreto y mientras subsista el estado de sitio, la Justicia Penal Militar, además de los delitos establecidos en el Código de la materia, conocerá de los siguientes definidos y sancionados en la ley penal común:... De la extorsión. Conocerá igualmente de cualquier otro delito cometido en conexidad con los anteriores, y de las conductas antisociales a que se refieren los artículos 20, 30, 31 y 33 del Decreto-Ley número 1699 de 1964".

Y el inciso 2º del artículo 3º del mismo decreto 1290 de 1965, dispone: "Los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión pasarán inmediatamente a la justicia penal militar en el estado en que se hallen; las investigaciones adelantadas en ellos tendrán plena validez, pero el juzgamiento se efectuará en la forma prevista en este artículo...", esto es, por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales.

b).—Los citados artículos 1º y 3º del Decreto número 1290 de 1965, así como los artículos 8º y 9º del mismo estatuto, fueron declarados exequibles mediante la sentencia de la Corte, fechada el 13 de julio del corriente año.

c).—Resulta, entonces, que de acuerdo con lo que señalan los artículos 1º y 3º del Decreto 1290 de 1965, el juzgamiento de los sindicados de los delitos de extorsión y secuestro y de los delitos que les sean conexos corresponde a la Justicia Penal Militar, por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, así se trate de hechos cometidos antes de la vigencia de este estatuto (21 de mayo de 1965), pues, de una parte, se dice que "los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y de extorsión pasarán inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado en que se hallen", y, de otra, se dispone que la justicia penal castrense "conocerá igualmente de cualquier otro delito cometido en conexidad con los anteriores...", esto es, de los mencionados en el artículo 1º del mismo decreto, entre los que se citan los de secuestro y extorsión.

Resulta, así, evidente que, si se tiene la conexidad de alguno o algunos delitos con el de extorsión o con el de secuestro, si para estos dos últimos corresponde su conocimiento a la jurisdicción penal militar, así se trate de hechos cometidos antes del 21 de mayo de 1965, también le compete juzgar los que sean conexos con aquéllos, por mandato del Código de Procedimiento Penal y del mismo Código de Justicia Penal Militar, a saber:

"Artículo 54 (C. de P. P.). Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso".

"Artículo 314 (C. de J. P. M.):—Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso, salvo las excepciones consagradas en este código".

Y el artículo 311 del C. de J. P. M., citado por el juzgador militar de primera instancia, no constituye excepción alguna al artículo 314 transcrito. Antes bien, ratifica lo que allí se dice, pues se alude al caso de que un mismo agente cometa a la vez delitos comunes y delitos sometidos a la jurisdicción penal militar, sin que entre ellos exista relación de conexidad, evento en el cual la autoridad militar conoce de los segundos y los jueces ordinarios de los primeros. Entonces, si aparece conexidad y se cuenta, además, con un proceso como el contenido en el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1290 de 1965, es obvio que la justicia penal castrense debe conocer, a más de los delitos mencionados en el artículo 1º de este estatuto, de los que resulten conexos. Y si se trata de los de secuestro y extorsión, la misma conclusión corresponde, aun cuando los hechos hubieran sido cometidos antes de la vigencia del Decreto 1290 de 1965.

4º No tiene el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 el alcance que le da el juzgador militar de primera instancia en este caso, pues el trámite del Consejo de Guerra Verbal únicamente a él le corresponde, y en este negocio no existía actuación o diligencia alguna iniciada y que no se hubiese concluído. Si se alude al hecho de que el sumario no se había perfeccionado, ello no significa que se trate de actuación o diligencia iniciada y que no se hubiese concluído, pues bien sabido es que esta etapa del proceso penal, de acuerdo con el artículo 271 del C. de P. P., la constituye un conjunto de diligencias y actuaciones "propias para comprobar 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".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA DE CASACION PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias surgidas entre la Jurisdicción Penal Militar y el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, para conocer de este proceso, en el sentido de DECLARAR que le corresponde, por competencia, al Comando de la Quinta Brigada de las Fuerzas Militares, con sede en Bucaramanga.

Envíese el expediente al citado Comando de las Fuerzas Militares y remítase copia de este proveído al Juzgado 2º Superior de Bucaramanga.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

COHERENCIA ENTRE EL AUTO DE PROCEDER, EL CUESTIONARIO, EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA EN PROCESO POR LOS DELITOS DE HOMICIDIO E INSUBORDINACION ADELANTADO ANTE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Presunta nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Criterio que informa el artículo 16 del C. J. —Consecuencias jurídicas de las causales de casación, en materia penal, en caso de prosperar.

Las causales de casación, cuando prosperan, tienen sus peculiares proyecciones o consecuencias jurídicas. Porque si la Corte encuentra justificada la causal primera o la segunda, casará el fallo recurrido y dictará el que deba reemplazarlo; si la causal aceptada fuere la tercera, devolverá el proceso, por conducto del Tribunal respectivo, al Juzgado de origen para que convoque a nuevo Jurado; y, por fin, si tiene éxito la cuarta, declarará en qué estado queda el proceso y ordenará que se devuelva al Tribunal para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte. Todo conforme al artículo 58 del Decreto Extraordinario número 528 de 1964, sustitutivo del 570 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de agosto de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El Comandante del Batallón de Infantería número 21 "VARGAS", como Presidente del Consejo de Guerra reunido el día 20 de mayo de mil novecientos sesenta y cinco en Granada (Meta), puso término a la primera instancia de este proceso mediante sentencia fechada el 24 del mismo mes, en la cual se condenó al Sargento Viceprimero (B.) GABRIEL ANTONIO PEÑA PORTILLA a la pena de libertad vigilada por un término de ocho (8) años, como autor responsable de los delitos de homicidio e insubordinación; y a JOSUE REYES ARAQUE, Sub-Oficial del mismo grado, a la pena principal de dos (2) años de prisión, más las accesorias correspondientes, por el segundo de los delitos mencionados.

La resolución del Juez de primer grado fue confirmada plenamente por el Tribunal Superior Militar mediante fallo del 15 de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco. Contra este último interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor de los procesados. Agotado el trámite propio del asunto, la Corte procede a decidirlo.

ANTECEDENTES

Los hechos debatidos en el juicio se relatan en la sentencia recurrida de la siguiente textual manera, que consulta la realidad procesal:

"Gabriel Antonio Peña Portilla, Sargento Vice-Primero del Ejército, pertenecía el 15 de agosto de 1958 al Batallón de Infantería número 21 Vargas, acantonado en Apiay (Meta). Ese día estaba cumpliendo un castigo impuesto por alguna falta, y celebraba además su cumpleaños. En las horas de la mañana le solicitó al señor Mayor Efraín Vivas García, Comandante de la Unidad, que le permitiera ir a Villavicencio porque era su onomástico. El Mayor, en consideración a que su subalterno estaba castigado, negó el permiso sin dar mayores explicaciones.

"Se dirigió entonces Peña Portilla al Casino de Sub-Oficiales y con algunos amigos se dedicó a ingerir bebidas embriagantes. Ya ebrio, insistió ante Vivas en las primeras horas de la tarde para que lo dejaran salir, pero esta vez el Mayor no sólo se opuso a su pretensión, sino que lo amonestó por la embriaguez de que daba muestras. Cuando el Comandante quiso descender del vehículo, Peña seguramente pensó que iba a agre-

dirlo y a toda velocidad corrió hacia el dormitorio con el fin de armarse. Tomó, en efecto, su carabina de dotación y se puso a amenazar a todo el que se le acercaba, como si se hubiera vuelto loco.

"Ante semejante situación, Vivas ordenó al Oficial de Servicio, Sub-Teniente Eduardo Ayala, que tomara las medidas del caso para aprehender al enfurecido Sargento. Se dieron algunas órdenes en ese sentido, pero el Sargento Vice-Primero Josué Reyes Araque se acercó a Ayala y le dijo que si mataban a Peña se formaría un problema grave porque los Sub-Oficiales eran tratados como esclavos y no tolerarían nada contra su compañero. El Sub Teniente le contestó que él estaba cumpliendo instrucciones recibidas y que si tenía algún reclamo se lo formulara al Comandante. Tal cosa dijo como para restarle importancia a la actitud belicosa del subalterno, pero éste aceptó la propuesta, se subió al vehículo donde iba el Sub-Teniente y cuando encontraron al Mayor se acercó y le dijo: "Mi Mayor que no le pase nada al Vice-Primero Peña porque los Sub-Oficiales armamos la grande en el Batallón". Como es de suponer, Vivas le llamó la atención en forma enérgica y lo hizo retirarse.

"Los Oficiales procedieron con toda prudencia para evitar sucesos graves. De todos modos Peña, Reyes y otros volvieron al Casino y siguieron bebiendo. Ayala entró allí e hizo esfuerzos para calmar a los subalternos. Todo lo que consiguió fue que estos, en su presencia, hablaran mal de los Oficiales y protestaran por el mal trato que de ellos recibían. Vivas dio entonces la orden de que se pusiera en el Casino una Guardia especial para que los contertulios no se salieran. Sin embargo, por razones que no aparecen claras en el expediente, esa orden no tuvo adecuado cumplimiento. Ya por la noche lograron salir y Peña entró al dormitorio de su Compañía en momentos en que el soldado Luis E. Muñoz Suárez distribuía munición al personal. Originó esto un reclamo airado al que dio respuesta Fabio E. Flórez, otro soldado, que le aclaró que ellos estaban cumpliendo órdenes. Ante esto, Peña le disparó al pobre muchacho su carabina causándole la muerte.

"Después fue a refugiarse en una caseta abandonada y cuando se vio cercado hizo disparos y a él se los hicieron. Félix Antonio Lesmes Alvarado resultó herido.

"Finalmente el Sargento se entregó por su propia voluntad el día 17.

"A todo lo largo de este grave episodio fue notoria la solidaridad de muchos de los Sub-Oficiales con Peña Portilla, especialmente la de Josué Reyes Araque que asumió una actitud decidida de respaldo al compañero y llegó a abofetear al Sub-Oficial Hernando Castro, que no estaba de acuerdo con lo que sucedía".

Mediante providencia del seis de julio de mil novecientos sesenta y cuatro el Tribunal Superior Militar revisó el auto calificatorio de la investigación. La parte resolutiva de aquélla, en lo pertinente, se halla concebida en los siguientes términos:

"1º—CONFIRMAR el auto de 3 de agosto de 1962 en que el Comandante del Batallón de Infantería número 21 "VARGAS",

"a).—Llamó a responder en juicio al Sargento Vice-1º GABRIEL ANTONIO PEÑA PORTILLA por los delitos de HOMICIDIO E INSUBORDINACION, de que trata el Código de Justicia Penal Militar en el Capítulo II, Título VII, Libro 2º; y en el Capítulo II, Título III, Libro 2º.

"b).—Llamó a responder en juicio al Sargento Vice-1º JOSUE REYES ARAQUE por el delito de INSUBORDINACION, definido en el Capítulo II, Título III, Libro 2º del Código Penal Militar,

. . . . . .

"2º—REVOCAR parcialmente el mismo auto, en cuanto llamó a juicio por delitos de ATAQUE A SUPERIORES E INFERIORES a los Sub-Oficiales GABRIEL ANTONIO PEÑA PORTILLA y JOSUE REYES ARAQUE; y, en cambio, sobreseer definitivamente a favor de estos mismos en relación con este delito". (fs. 87 y 88, Cd. 4).

Importa destacar que en la parte considerativa de la citada providencia del Tribunal y en cuanto concierne al procesado Reyes Araque, se expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

"El Mayor VIVAS y el Teniente AYALA MORALES, por otra parte, dan cuenta de que REYES ARAQUE hizo altaneras admoniciones con las siguientes palabras dirigidas al Teniente AYALA: "Mi Teniente, si matan a mi Primero Peña, aquí se va a formar un problema berraco, porque nosotros los Suboficiales no lo consentiremos..." y estas otras dirigidas al Mayor VIVAS: "Mi Mayor, que no le pasa nada al Vice-Primero Peña, porque los Suboficiales armamos la grande en el Batallón".

"Además, ENRIQUE DEVIA dice que REYES ARAQUE iba en el grupo encabezado por PEÑA PORTILLA y que llevaba el propósito de tomarse el Comando del Batallón.

"Por manera que hay prueba fidedigna de que REYES ARAQUE sí coadyuvó con PEÑA PORTILLA en los propósitos de hacer modificar la orden; y de que, mediante violencia verbal, quiso influir sobre los superiores acerca de la manera como ellos debían comportarse para tratar el caso de PEÑA PORTILLA.

"Esto implica el delito de INSUBORDINACION a que se refiere el artículo 136 del C. J. P. M.; lo que hace que el Tribunal confirme el auto recurrido por este otro aspecto.

"El delito de ATAQUE AL INFERIOR de que habló el Tribunal en providencia del 11 de marzo de 1959 imputable a REYES ARAQUE, 'en principio' cae bajo la misma crítica que se acaba de hacer para el ATAQUE A SUPERIORES atribuido a PEÑA PORTILLA; y, por lo mismo, habrá de ser objeto de reforma". (fs. 85, Cd. 4).

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La acusación, sustentada a nombre de los recurrentes por el doctor Luis Gómez Nariño, se formula invocando, en su orden, las causales de casación que el artículo 56 del Decreto 528 consagra en sus numerales 4º y 2º.

Causal Cuarta.—Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

Tres son los cargos o tachas que al amparo de este motivo de impugnación se plantean y desarrollan por el actor:

a)—"Se tuvo como válidas diligencias practicadas dentro del procedimiento de Consejo de Guerra Verbal, posteriores a la Resolución de Convocatoria, pese a lo dispuesto por el H. Tribunal Superior Militar en providencia de fecha marzo 11 de 1959, en donde en el corolario 4º, se dice que en el proceso se ha incurrido en nulidad por incompetencia de jurisdicción, como quiera que el juez llamado a su conocimiento era el Comandante del Batallón y no el Consejo de Guerra Verbal y como consecuencia se debe declarar (sic) la nulidad de todo lo actuado en el Consejo de Guerra Verbal".

El cargo se reitera, con léxico diferente, en los dos párrafos que subsiguen al transcrito, agregando luego el demandante:

"Pero, el Tribunal Militar, después de considerar que se debía declarar la nulidad de todo lo actuado en el Consejo de Guerra Verbal, la declaró únicamente a partir de la diligencia de indagatoria rendida por el señor Sargento V-1º José Gregorio Porras García a Fol. 54, dejando válidas las diligencias que obran desde el Fol. 1º hasta el 53, las que han debido declararse nulas por formar parte del mismo Consejo de Guerra afectado por vicios de procedimiento e incompetencia de jurisdicción, pero estas pruebas fueron las que sirvieron posteriormente para que teniéndolas en cuenta se dictara el fallo de primera y segunda instancia".

De lo expuesto concluye el acusador que se debe declarar nula toda la actuación procesal.

b)—"El Juez de Primera Instancia que juzgó a los acusados Peña y Reyes había perdido jurisdicción y competencia y por consiguiente no era el Juez del conocimiento, sino el señor Capitán Guillermo Rodríguez, en virtud a lo ordenado en la Resolución Nº 15 de marzo 1º de 1963 del Comandante General de las Fuerzas Armadas, visible a Fol. 616".

c)—"Algunos de los cuestionarios presentados a la consideración de los vocales del Consejo de Guerra que juzgó a los acusados Gabriel Antonio Portilla y José Reyes Araque no fueron elaborados conforme a lo dispuesto en los Arts. 559 y 560 del Código Militar".

Agrega el impugnador que la Corte, en varios fallos de casación, ha sostenido que cuando el cuestionario se ha elaborado mal, ello "acarrea nulidad de carácter constitucional, en virtud de no haberse dado cumplimiento a las normas propias del juicio". Y en aparte posterior, precisando su pensamiento, expresa:

"En el Cuestionario número 2 se incurrió en un grave error al involucrarse lo referente a la grave anomalía psíquica, debido a que esta circunstancia debe preguntarse en forma separada. Art. 560 del C. M.". Ese error, en sentir del demandante, "adquirió mayores proporciones cuando en el Cuestionario número 4 en forma separada se volvió a preguntar sobre la grave anomalía psíquica".

Causal Segunda.—Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Se sustenta esta causal afirmando que los cargos formulados en el auto de proceder al Sub-

Oficial Josué Reyes Araque no fueron cabalmente traducidos en los cuestionarios respectivos, distorsión que a su vez influyó en el veredicto y en las sentencias de primera y segunda instancias que en éste se fundaron. El actor compendia su criterio sobre el particular de la siguiente textual manera:

"La imputación formulada en el auto de proceder contra el Sargento Reyes, se limita a los hechos que configuran el delito de Insubordinación de que trata el artículo 137 del C. M., lo que se ha debido tener en cuenta en la elaboración de los cuestionarios, que estos estén de acuerdo con los cargos señalados en el Auto de Proceder, pero esto no ocurrió, las preguntas sobre las cuales se produjo el Veredicto de los Vocales se hicieron interrogando sobre el hecho de que el acusado impidió el cumplimiento de una orden, y el Fallo del Juzgador de Primera y Segunda Instancia, concretó los cargos aceptando el Veredicto de los Vocales, o sea formulando cargos distintos a los señalados en el Auto de Proceder".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares considera, tras atento estudio de los motivos de impugnación propuestos con apoyo en la causal cuarta, que el segundo de ellos está llamado a prosperar, y, consecuentemente, solicita de la Corte que "case la sentencia recurrida por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción".

LA CORTE CONSIDERA:

1.—En relación con el primero de los cargos en que se apoya la causal cuarta es preciso recordar que las diligencias a las cuales se les asignó validez no fueron las practicadas dentro del Consejo, sino las que trajo a los autos el Juez 24 de Instrucción Penal Militar, en virtud de la designación que para investigar los hechos a que se contrae el proceso le hiciera el Comando del Batallón.

En efecto, a folios 1 y 2 del Cuaderno Nº 1 del expediente puede leerse la Resolución Nº 1 del 16 de agosto de 1958, mediante la cual el Comandante del Batallón de Infantería Nº 21 "VARGAS" convocó un Consejo de Guerra Verbal para que conociera de los hechos delictuosos ocurridos el día anterior en la referida Unidad. Resolución cuyo artículo 3º dice textualmente: "Designase al señor doctor Juez 24 de Instrucción Penal Militar Manuel Velásquez Martínez y a su Secretario para que proceda a realizar inmediatamente la investigación, de conformidad con el Parágrafo 3º, Art. 567 del nuevo Código de Justicia Penal Militar".

En ejercicio de esa designación el Juez Velásquez Martínez practicó las primeras diligencias, que oportunamente puso a disposición del Consejo de Guerra, en 53 folios, según consta en el acta respectiva, (fl. 37, Cuaderno Nº 2). Ocurrió luego que mediante providencia del 11 de marzo de 1959, visible de folios 145 a 164 del cuaderno citado, el Tribunal Superior Militar declaró "la nulidad de lo actuado en este proceso por el Consejo de Guerra Verbal, a partir de la diligencia de indagatoria rendida por el Sargento Vice 1º José Gregorio Porras García. (folio 54)", por incompetencia de jurisdicción, "comoquiera que el Juez llamado a su conocimiento era el Comandante del Batallón...", nulidad parcial que halla su explicación en el Resultando 6º del proveído mencionado: "Así las cosas, sólo mantienen valor procesal las diligencias adelantadas por el señor Juez 24 de Instrucción Penal Militar, funcionario en quien la ley tiene fijada competencia para toda clase de sumarios", expresión ésta en la cual inequívocamente se alude al texto del artículo 360 del Decreto 0250 de 1958: "Los Jueces de Instrucción Penal Militar tendrán jurisdicción y facultad para investigar todos los delitos de la Justicia Castrense cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho".

En consecuencia, el cargo estudiado carece de todo fundamento.

2.—Conforme al parágrafo del artículo 560 del Código de Justicia Penal Militar, "Si en el auto de proceder apareciere, o posteriormente se acreditare, que el sindicado obró en estado de grave anomalía psíquica, o de enajenación mental, o de intoxicación crónica, se preguntará separadamente sobre estas circunstancias".

Es cierto que en el caso de autos, en el cuestionario número 2, se preguntó a los vocales si el Sargento Viceprimero (r) Gabriel Antonio Peña Portilla era responsable "de haber dado muerte con intención de matar al soldado Flórez Pablo Emilio, por medio de un disparo de arma de fuego de largo alcance, encontrándose el sindicado Peña Portilla en estado de grave anomalía psíquica;...", pero también es verdad que

habiéndose observado tal irregularidad, en el cuestionario número 4 se les formuló a los vocales, separadamente, la pregunta relativa a este último extremo (la grave anomalía psíquica). Por lo demás, las respuestas fueron afirmativas para los dos cuestionarios mencionados.

Significa lo anterior que tampoco se demostró el tercero de los cargos propuestos dentro del marco de la causal cuarta.

3.—En cambio, considera el representante del Ministerio Público que debe prosperar el segundo. Para una mejor comprensión del asunto, se reproducen *in extenso* sus razones:

"*Segundo cargo.*—Por auto dictado en Apiay el 6 de abril de 1962 el señor Teniente Coronel Lucio Parra Hernández, para entonces Comandante del Batallón y Juez de Primera Instancia, se declaró impedido para conocer del proceso con base en lo dispuesto en el ordinal 4º artículo 401, del Código de Justicia Penal Militar, impedimento que fue aceptado por el H. Tribunal Superior Militar en providencia visible a los folios 423 y 242 del cuaderno Nº 2, por lo cual el Comando General de las Fuerzas Militares expidió la Resolución Nº 023 de junio 11 de 1962 en que se designaba como Juez Especial de Primera Instancia para reemplazar al impedido, al señor Capitán Ulpiano Flórez Hernández, con base en lo estatuido en el artículo 24 del Decreto 2038 de 1959 (Reglamentario del Código de Justicia Penal Militar).

"Posteriormente, por traslado del Capitán Flórez Hernández, el Comando General a petición del Comando del Batallón produjo la Resolución Nº 15 de marzo 1º de 1963 por medio de la cual se declaró sin valor ni efecto la anteriormente mencionada y designó como Juez de Instancia al señor Capitán Guillermo Rodríguez Velásquez, quien tomó legal posesión del cargo (f. 518, cuaderno Nº 2), aprehendió el conocimiento y profirió el auto de vocación a juicio que fue confirmado por el ad-quem con fecha 6 de julio de 1964 (Fs. 68 y Ss., cuaderno Nº 4).

"Regresado el expediente del Tribunal el Comandante del Batallón avocó el conocimiento y le imprimió a la causa el procedimiento ordinario, sin tomar en cuenta que la competencia se había radicado en un Funcionario Especial designado conforme a la Ley, cuyo nombramiento no había sido revocado o sustituído por la autoridad competente.

"Como consecuencia, la actuación procesal cumplida por el Comando como Juez de Primera Instancia a partir del auto de fecha 27 de agosto de 1964, visible al F. 89 v. del cuaderno Nº 4, quedó afectada de nulidad por incompetencia de jurisdicción (Numeral 1º Art. 441 del Código de Justicia Penal Militar), pues aunque en este nuevo Comandante no concurría la causal de impedimento que dio origen al nombramiento del Juez Especial, es lo cierto que tal nombramiento estaba vigente y que la competencia estaba atribuída al Capitán Rodríguez Velásquez por quien tenía facultad para hacerlo".

No comparte la Corte la ilustrada opinión del Ministerio Público sobre el cargo de que se trata, porque es obvio que la designación de Juez Especial estaba subordinada al impedimento del anterior Comandante. Al posesionarse el nuevo funcionario castrense, competente conforme a la ley, en quien no concurría causal alguna de impedimento, a él correspondía seguir el juicio, pues desplazaba al que había sido nombrado en reemplazo del impedido. Tal es el criterio que informa el artículo 16 del C. J.: "El Magistrado o Juez que entre en lugar de otro en la misma plaza, sustituye a su antecesor, de modo que se considera como si fuera él mismo en todo lo que no tenga relación con los términos para el despacho, ni con los motivos de impedimento o causales de recusación".

En síntesis, no existe aquí nulidad por incompetencia de jurisdicción.

4.—Ya entrando al campo de la causal segunda de casación, cabe hacer memoria de que el autor trata de sustentar, en el fondo, la primera de las hipótesis que aquélla contempla: No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. No es ese, ciertamente, el caso de autos.

El señor apoderado de los recurrentes afirma que la imputación formulada en el auto de proceder contra el Sargento Reyes, "se limita a los hechos que configuran el delito de Insubordinación de que trata el artículo 137 del C.P.M...". Es equivocada esta apreciación. En el lugar adecuado de este fallo se anotó precisamente que en la parte motiva de la providencia del 6 de julio de 1964, mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó parcialmente el auto de proceder, entre otras cosas se dijo: "Por manera que hay prueba fidedigna de que REYES ARAQUE sí coadyuvó con PEÑA PORTILLA en los propósitos de hacer modificar la orden; y de que, mediante violencia verbal, quiso influir sobre los superiores acerca de la manera como ellos de-

bían comportarse para tratar el caso de PEÑA PORTILLA. . . Esto implica el delito de INSUBORDINACION a que se refiere el artículo 136 del C.J.P.M.; lo que hace que el Tribunal confirme el auto recurrido por este otro aspecto".

En armonía con esos cargos, a los vocales del Consejo de Guerra reunido en Granada el 20 de mayo de 1965 se les planteó la siguiente cuestión sobre el procesado Reyes:

"El Sargento Viceprimero (r) JOSUE REYES ARAQUE, en servicio activo en la época de los hechos, es responsable, SI o NO, de haber tratado de impedir el cumplimiento de una orden superior, relativa al servicio e impartida por el Comandante del Batallón, la cual era, desarmar y detener en la guardia al Sargento Viceprimero GABRIEL ANTONIO PEÑA PORTILLA, asumiendo actitudes violentas de palabra en contra de sus superiores, hechos ocurridos el día quince de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho, en las edificaciones del Batallón de Infantería Nº 21 "VARCAS", acantonado en esa época en Apiay?" (f. 129, Cd. 4).

La respuesta de los señores Vocales fue afirmativa, por mayoría. Con fundamento en ese veredicto, profirióse la sentencia condenatoria de primer grado, resolución que el superior confirmó en todas sus partes. Existe, pues, una incuestionable coherencia entre el auto de proceder, el cuestionario, el veredicto y la sentencia. Tampoco prospera, por tanto, la causal segunda.

Finalmente debe observarse que el distinguido apoderado de los recurrentes expresa, para concluir su argumentación en torno al cargo que acaba de estudiarse: "Es decir, no se dio cumplimiento a lo estatuído en el artículo 559 del C. M., en cuanto a los cuestionarios, siendo el caso por este motivo de declarar nulo lo actuado, por concurrir la causal segunda de casación, o sea que la sentencia acusada no está en consonancia con los cargos formulados en el Auto de Proceder".

Importa recordar al respecto que las causales de casación, cuando prosperan, tienen sus peculiares proyecciones o consecuencias jurídicas. Porque si la Corte encuentra justificada la causal primera o la segunda, casará el fallo recurrido y dictará el que deba reemplazarlo; si la causal aceptada fuere la tercera, devolverá el proceso, por conducto del Tribunal respectivo, al juzgado de origen para que convoque a nuevo Jurado; y, por fin, si tiene éxito la cuarta, declarará en qué estado queda el proceso y ordenará que se devuelva al Tribunal para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte. Todo conforme al artículo 58 del Decreto Extraordinario número 528 de 1964, sustitutivo del 570 del C. de P. P.

DECISION:

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior Militar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

PROCESO POR LOS DELITOS PERFECTO E IMPERFECTO DE HOMICIDIO AGRAVADO EN EL QUE SE CUMPLIERON A PLENITUD LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO.

Infundada acusación por supuesta violación del derecho de defensa.—Tesis en que se funda el artículo 547 del C. de P. P. y correcta aplicación de esta norma al caso de autos.—Interrogatorios que deben hacer los jueces de instancia sobre la personalidad del infractor.—Ellos son apenas un medio de información pero no el único de que dispone el Juez para obtenerla.—Inconsistencia del cargo formulado con fundamento en los artículos 198 y 199 del C. de P. Penal.— Nulidad constitucional en el evento de pretermítirse un requisito procesal esencial.

1.—El artículo 197 del C. de P. P. alude en su primera parte al término probatorio de la causa, y esto ocurre en la primera instancia, e in fine al sumario, que es una etapa del proceso diferente a aquella, y la prueba denegada no fue solicitada ni en éste ni en aquel término.

2.—La llamada nulidad constitucional fue creada por la jurisprudencia con fundamento en el artículo 26 de la Carta, no para que se entendiese que cualquiera informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los artículos 198 y 199 del Código de P. Penal, fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del incriminado cuando se preterm**ite un requisito procesal esencial cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y el proceso penales que no esté definido como causa de nulidad legal.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Cumplidos los trámites propios del recurso de casación, se procede a resolver el interpuesto contra la sentencia de 17 de junio de 1964, en virtud de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó la de 21 de octubre anterior del Juzgado Primero Superior del mismo distrito, que condenó a EGIDIO CUELLAR ALVIS y a GENTIL ALVIS CALLEJAS a sendas penas principales de veintidós años de presidio y a las anexas del caso "como autores responsables de los delitos perfecto e imperfecto de homicidio agravado, consumados en las personas de Genaro Bonilla y Pablo Abel Carrera, respectivamente, el día viernes 17 de marzo de 1961, en el sitio denominado 'Boca de la Quebrada', fracción 'Llano del Combeima', del municipio de Ibagué", y por los cuales, convalidada la actuación según lo resuelto por el Tribunal en auto de 21 de septiembre del año precitado, fueron llamados a responder en juicio por providencia de 16 de marzo de 1962 que confirmó el ad-quem mediante la suya de 1º de agosto siguiente, en la que se excluyó una circunstancia de agravación de dichos ilícitos (la sevicia) deducida por el a-quo, dejando subsistentes la segunda y la quinta del artículo 363 con que el mismo funcionario estimó incrementada la entidad de tales reatos.

Oportunamente, practicadas algunas pruebas en el término probatorio de la causa, se celebró la audiencia pública. En ella se propusieron al jurado los cuestionarios que en relación con cada uno de los procesados debía absolver y que fueron redactados en conformidad con los cargos que se les imputaron en las providencias enjuiciatorias. El Ministerio Público solicitó una contestación afirmativa para cada una de dichas cuestiones. La defensa pidió que se respondieran con un "No es responsable, por falta de pruebas". En todas ellas la respuesta del jurado fue una misma: "Sí es responsable".

Estudiado el veredicto por los juzgadores de instancia hallaron que no pugnaba con la realidad procesal y sobre él fundaron sus sentencias.

EL HECHO:

En la recurrida se rememora en estos términos:

"Relatan los autos que de siete a ocho de la mañana del viernes 17 de marzo de 1961, Genaro Bonilla y su nieto el menor Pablo Abel Carrera, se dirigieron a coger algunos frutos de las mejoras que el primero tenía en la vega del río Coello, en tierras de Chiquinquirá Alvis v. de Cuéllar, fracción Llano de Combeima, de esta jurisdicción municipal. Al llegar al punto denominado 'Boca de la quebrada', fueron asaltados por dos sujetos que se encontraban apostados a la vera del camino, detrás de unas piedras y unas hojas de murrapo. Al pasar Bonilla y su nieto, les hicieron un disparo de revólver y los lanzaron varias piedras y cuando Bonilla salió corriendo los asaltantes le dieron alcance y le ocasionaron la muerte por medio de diecisiete heridas corto-punzantes. Así mismo, los dichos asaltantes propinaron al menor Pablo Abel Carrera seis heridas inciso-contusas y creyendo también haberle dado muerte lo arrojaron a un zanjón. El menor Carrera logró salir del lugar donde había sido arrojado y emprendió camino de regreso, siendo recogido por Jesús Antonio Medina, quien con otras personas lo llevó a una casa vecina y dio cuenta del hecho a las autoridades respectivas.

"Desde el momento en que el menor fue hallado gravemente herido, inculpó como autores de sus lesiones y de la muerte de su abuelito Bonilla, a Egidio Cuéllar y a Gentil Alvis (hijo)".

DEMANDA Y RESPUESTA

En el libelo se invocan contra aquel fallo la causal cuarta del artículo 567 del Código de P. Pena y como subsidiaria de ésta, la primera.

El Ministerio Público estima que no puede prosperar ninguna de las dos y pide que se deseche el recurso.

Causal cuarta.

Con fundamento en ella, el actor impugna la sentencia por tres conceptos.

Primer cargo.—Lo enuncia así: "La sentencia recurrida es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de defensa de todo procesado, y que también habla de la plenitud de formas que se deben observar en todo juicio penal. En la segunda instancia se me negó la práctica de unas pruebas tendientes a mejorar la situación jurídica de los procesados. Más claramente, en la segunda instancia se me negó la observancia de la plenitud de formas propias del juicio como es la de que se practiquen las pruebas solicitadas en su oportunidad por los interesados".

Como demostración de este cargo afirma luégo:

"En el segundo cuaderno, visible a los folios nueve de autos aparece que el suscrito defensor elevó una petición al honorable Tribunal, solicitándole a la alta Corporación que se abriera el negocio a pruebas, y que una vez decretado dicho término, se llevara a cabo una ampliación de la diligencia de reconstrucción de los hechos, por existir en concepto del suscrito defensor hechos de vital importancia que aclarar en lo relativo a la visibilidad del lugar. Se trataba de una aclaración de la ya citada diligencia de reconstrucción y para ello me fundamentaba en lo dispuesto por la segunda parte del artículo 449 del C. de P. P. que dice:

"Art. 449.—Las partes no podrán pedir pruebas sobre hechos suficientemente probados en los autos, *a menos que tiendan a rectificarlos o aclararlos*". (La subraya es mía).

Se reáponde:

Es cierto que proferida la sentencia de primer grado, al surtirse el recurso de apelación interpuesto contra ella, el defensor de los acusados pidió al Tribunal que se abriera el negocio a pruebas y se practicara la prealudida. Lo es también que el ad-quem negó la práctica de dicha prueba en auto de 4 de marzo de 1964, fundado en lo dispuesto en el artículo 547 del Código de P. Penal según el cual "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 con el delito".

Contra tal auto no interpuso dicho defensor ningún recurso (cabía el de reposición).

No se advierte, pues, cómo al negar el Tribunal esa solicitud con tan claro fundamento, pudo quebrantar las formas propias del juicio, siendo así que se trataba de un proceso en que había intervenido el jurado y en el que, por lo

mismo, era de imperativa aplicación aquel texto que veda a las partes la petición de pruebas diferentes a las excepcionadas en él y al juez el decretar otras distintas. Esto, por lo que la Corte ha repetido tantas veces:

"La norma del art. 547 del C. de P. P. está fundada en la tesis de que en los procesos en que interviene el jurado el veredicto constituye la plena prueba del delito y de la responsabilidad, sin que el error en su calificación pueda subsanarse sino mediante la declaración de su contraevidencia con el proceso, pero sólo pueden dar los falladores de instancia".

Lo que, por otra parte, quiere decir que es totalmente impertinente en estos juicios, dado el momento en que aquella solicitud fue hecha, la cita del artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, pues ésta es una norma que se refiere a la primera instancia como lo indica el propio Título del ordenamiento procesal que la contiene, al paso que el artículo 547 lo es no sólo especial sino que rige para la segunda como lo consagra expresamente el correspondiente Título.

Por tanto, carece de todo fundamento la acusación que por este concepto se hace a la sentencia.

Segundo cargo.—"Impugno la sentencia —dice el actor al formularlo— ..., con motivo de que en la segunda instancia el H. Tribunal sentenciador omitió interrogar a los procesados Gentil Alvis Callejas y Egidio Cuéllar Alvis para los fines determinados en los artículos 452 y 548 del C. de P. P. Estos interrogatorios son en mi modesto entender una formalidad procesal de obligatorio cumplimiento para los juzgadores de instancia y su omisión engendra una nulidad supralegal por inobservancia de la "plenitud de formas propias de cada juicio" de que habla el artículo 26 de la Constitución Nacional".

En seguida expresa como demostración del cargo lo siguiente:

"Nuestro Código Penal se rige por el principio de la escuela positivista que busca un contacto más directo con la personalidad del infractor, sus antecedentes de todo orden, tanto familiar y social, y dejando para segundo plano la materialidad del delito.

"En el caso personal de Egidio Cuéllar Alvis y Gentil Alvis Callejas, tales interrogatorios eran de vital importancia para los fines de la graduación de la pena, puesto que siendo dos ciudadanos sencillos, sin sentencias condenatorias debidamente comprobadas dentro del expediente, un estudio detenido de la personalidad de tales procesados hubiera llevado al ánimo del sentenciador la convicción de que una pena desproporcionada resultaría demasiado injusta para los fines a que está estatuida por el legislador. Faltó el estudio de la personalidad de los procesados, violándose con dicha omisión lo preceptuado por los artículos ya citados".

Se contesta:

Es cierto el hecho en que se funda este cargo. Sin embargo, la irregularidad que conlleva el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 452 y 548 del Código de Procedimiento Penal, no tiene la significación jurídica que pretende el actor asignarle.

Al respecto es concluyente lo que el Procurador observa en estos términos:

"... La finalidad de las normas precitadas tiende primordialmente a la obtención de datos reveladores de la personalidad del infractor. Los artículos 452 y 548 del C. de P. P. encuentran en la misma obra otras normas que persiguen esa misma finalidad. Así, por ejemplo, los artículos 294, 349, 374 y 375. Y si el interrogatorio de que hablan los concordantes 452 y 548 es un medio que se propuso el legislador para el logro del fin indicado, no se advierte irregularidad grave por el hecho de que aquél no se hubiera propuesto por virtud de estos artículos pero sí por cualesquiera de los otros ya citados.

"En el caso que se estudia se advierte el cumplimiento del artículo 294 del C. de P. P., en cuanto al cuestionario de rigor para establecer la personalidad de los infractores, según las indagatorias de folios 69 y siguientes, 80 y siguientes y 178 y siguientes.

"Tácitamente, el impugnador acepta que la nulidad alegada por él no se encuentra prevista, no lo está, en los artículos 198 y 199 del C. de P. P. Pero hace un esfuerzo inexplicable, en forma osada, por supuesto, para "demostrar" que lo que él alega es una nulidad de carácter constitucional".

Además, la Corte en repetidas ocasiones se ha pronunciado sobre el particular así:

"Respecto de los interrogatorios que deben hacer los Jueces de instancia al procesado, al menos por dos veces, sobre el hecho, sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y, en su-

ma, sobre todos los puntos que puedan revelar la personalidad del infractor (C. de P. P. arts. 452 y 548), su omisión es una irregularidad grave, por lo general, supuesto que el Código Penal vigente tiene en cuenta la personalidad del delincuente más que la objetividad o materialidad de los delitos. Pero ello no quiere decir que el proceso sea nulo, porque esos interrogatorios son apenas un medio de información sobre la personalidad, pero no el único de que dispone el Juez para obtenerla (C. de P. P. arts. 294, 349, 374 y 375)".

Inane, por consiguiente, es también este segundo motivo de impugnación.

Tercer cargo.—"Acuso la sentencia —dice el demandante—... por considerar que la negativa impartida por el Honorable Tribunal Superior a la prueba solicitada por el suscrito defensor durante el término probatorio de la segunda instancia quebrantó el derecho de la defensa de los procesados Egidio Cuéllar Alvis y Gentil Alvis Callejas. Este desconocimiento del derecho de la defensa incide en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, que manda observar en el proceso penal "la plenitud de las formas" procesales que rodean esta clase de juicios".

Asevera como demostración de este cargo que el auto que le negó dicha prueba se le debió notificar personalmente, dando cumplimiento al artículo 173 del Código de P. Penal, ya que si tal auto se le hubiera notificado en tal forma, hubiera interpuesto contra él recurso de reposición, y agrega:

"Exige el artículo 197 del C. de P. P. que "todo auto que niegue alguna prueba solicitada dentro del término probatorio de la causa, es apelable en el efecto suspensivo, si la negativa tiene lugar durante el sumario, la apelación se concederá en el efecto devolutivo".

"Pero en el caso de autos, se trataba de una aclaración de una diligencia de vital importancia para los intereses del procesado o procesados, y la negativa se producía en la segunda instancia, luego dicha apelación no se podía interponer en razón de que el grado de jurisdicción de la segunda instancia quedaba agotado. Considero que el Honorable Tribunal ha debido decretar dicha ampliación en guarda de los intereses de la defensa, los que considero vulnerados con la rotunda negativa impartida por la alta Corporación a mi solicitud".

Se responde:

La simple enunciación de este cargo está indicando que se trata de una repetición del primero. Sólo que para fundamentarlo cita los artículos 173 y 197 del Código de P. Penal.

El primero, empero, no se refiere al defensor del procesado sino a éste, y son los artículos 170 y 171 ibidem los que señalan qué providencias se deben notificar personalmente a aquél, y lo cierto es que el auto a que se refiere el actor no está enumerado entre ellas.

Con razón dice el Procurador que si la tan decantada 'notificación personal' la reclama el impugnador para los PROCESADOS (artículo 173 del C. de P. P.), ella se surtió el 5 de marzo de 1964 (fl. 12v del C. 2º); y si la reclama para sí, ella no está prevista en los artículos 170 y 171 del C. de P. P., por lo cual resulta evidente que el fallador de segundo grado le dio estricto cumplimiento al artículo 169 ibidem (fl. 13 del C. 2º)".

Además, el artículo 197 alude en su primera parte al término probatorio de la causa, y esto ocurre en la primera instancia, e in fine al sumario, que es una etapa del proceso diferente a aquélla, y la prueba denegada no fue solicitada ni en éste ni en aquel término.

Resultan, pues, impertinentes tales citas y, por consiguiente, sin piso legal el cargo que se pretende edificar sobre dichas normas, fuera de que en sí misma carece de entidad.

Conviene repetir aquí una vez más que la nulidad llamada constitucional fue creada por la jurisprudencia con fundamento en el artículo 26 de la Carta, no para que se entendiese que cualquiera informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los artículos 198 y 199 del Código de P. Penal, fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del incriminado cuando se pretermite un requisito procesal esencial cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y el proceso penales que no esté definido como causa de nulidad legal. Omisión que en el caso de autos por parte alguna se vislumbra. Antes bien, lo que proclama la actuación es que se cumplieron a plenitud las formas propias del juicio a que fueron sometidos Egidio Cuéllar Alvis y Gentil Alvis Callejas.

Por consiguiente, es también inane este tercer cargo.

Lo propio cabe decir de la causal primera, ya que ésta se alegó como subsidiaria de la cuarta que no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto en el presente caso y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres. Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

BIBLIOTECA

PRESUNTA DEFENSA PUTATIVA.—INTERPRETACION DEL VEREDICTO

Causales 2ª, 1ª y 3ª contempladas en el Decreto Ley número 528 de 1964.—Homicidio cometido dentro de las previsiones del artículo 363 del C. P. por haber sido el sujeto pasivo de la infracción un descendiente en primer grado y haber obrado el agente con aprovechamiento de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encontraba la víctima.—Cuándo tiene lugar la defensa legal o legítima.—Qué es defensa subjetiva o putativa.—Veredicto afirmativo de la responsabilidad.—Sentencia de acuerdo con el auto de proceder que interpreta fielmente el veredicto.—El temor y el miedo como motivos de exención de responsabilidad.—Cuándo el veredicto es contradictorio.

1.—El sentido de un veredicto no ha de darse en forma caprichosa o arbitraria, con perjuicio de los intereses sociales o de los individuales del inculpado. Para conocerlo, es preciso acudir a las demostraciones procesales, ya que "interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete".

2.—La defensa legal o legítima, por su aspecto objetivo o real, solo tiene vigencia operante cuando se presentan estas circunstancias:

a)—Que quien la alega se haya visto en la necesidad de defenderse, necesidad que se mide desde un ángulo, meramente subjetivo,

b)—Que exista, en el campo externo, material u objetivo, una violencia contra quien dice haberse visto en la necesidad de salvar su derecho,

c)—Que esa violencia sea actual, esto es, que no dé campo a esperar la protección de la autoridad, ya que quien se defiende ejercita una autoridad subsidiaria,

d)—Que esa violencia sea injusta, esto es, que vaya contra el derecho,

e)—La existencia de un derecho, un bien o un interés jurídico en peligro, y

f)—Que la agresión y la defensa guarden proporción, esto, es, que el acto de rechazo sea correlativo a los actos de violencia.

Sin que sea necesario, de otra parte, entrar al análisis de estos elementos integrantes de la figura jurídica pues en este caso, ella no ha sido alegada.

3.—La existencia de una defensa subjetiva o putativa, es, según autorizados exégetas "la ilusión de un injusto peligro convertida en realidad psíquica".

Esta ilusión no debe ser simple fruto de una imaginación enfermiza, sino que debe basarse o fundarse en alguna realidad, en algún movimiento, en alguna actividad de parte de la víctima. La defensa subjetiva o putativa exige, como se ve, y con excepción del acto de agresión real, los mismos requisitos que la defensa objetiva, a saber: necesidad de defensa, peligro actual e injusto, derecho protegido amenazado, proporcionalidad entre la agresión y el rechazo de la misma. Pero para que se presente la defensa subjetiva, se requiere, sí, un principio de agresión, un movimiento que le haga aparecer como real, aunque tal principio sea falso. En ella, por la actividad de la víctima, la agresión, que es simple ilusión, se hace real, actual, injusta. De ahí la reacción.

Se ha dicho que la defensa putativa o subjetiva equivaldría a una causal de imputabilidad o de justificación negativa del hecho ya que podría encajarse perfectamente en el numeral 2º del artículo 23 del C. P. Ello es así en muchos casos, pero no en todos, si se atiende a los requisitos que la ley exige para que pueda darse el error esencial de hecho.

4.—El temor, el miedo, quizás pudieran colocarse, cuando ellos provienen de una coacción ajena insuperable, como motivos de exención de responsabilidad, en armonía con el numeral 1º del artículo 23 del C. P.

La "ilusión de injusto peligro convertida en realidad psíquica", fundada desde luego, en hechos, o suposición razonada de una

agresión actual e injusta, sería un error esencial de hecho, que eximiría de responsabilidad, de acuerdo con lo dicho por el numeral 2º del artículo 23 citado.

Pero es el caso de que el demandante no hizo alusión a lo primero y sí a lo segundo. Este se encontró falto de apoyo, al comentar la causal segunda: el desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

5.—En procesos en que ha intervenido el jurado no es admisible alegar la causal segunda, pues la apreciación de la prueba, de una parte, corresponde al Juez de conciencia, que goza de libertad para hacerlo, y de la otra, un estudio sobre los elementos probatorios llevaría a una declaración de contraevidencia, de los hechos con el veredicto, lo que no ha sido señalado por el Legislador como motivo de casación.

6.—"El veredicto es contradictorio cuando de sus términos se desprende la afirmación y a la vez la negación del mismo hecho —en este caso— la responsabilidad". Si, pues, se acepta que el veredicto afirmó la responsabilidad del procesado y señaló el motivo que impulsó a éste a obrar, mal podría tenerse como contradictorio.

Ahora bien: La Corte tiene dicho que no es lícito invocar, en una demanda, causales que se excluyan, como ocurre en el presente caso. Si el veredicto —dice el demandante— "se ajusta espontánea y lógicamente a las pruebas del proceso", cómo es que se viene ahora, con que no hay veredicto, pues los términos del mismo son contradictorios, ya que el segundo niega lo que el primero afirma?

Corte Suprema de Justicia, — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto treinta de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

Bernardino Rodríguez Caballero recurrió en casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, el 8 de febrero de este año, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad, y en la cual se le impuso la pena de diez y seis (16) años de presidio y sanciones accesorias, como responsable del delito de homicidio en la persona de su hijo Marcelino Rodríguez Nova.

Cumplidos los trámites legales, es el momento de desatar el mencionado recurso.

ANTECEDENTES

Los hechos de que da cuenta este expediente aparecen narrados por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

"Desde tiempo atrás del hecho delictuoso anteriormente enunciado, las relaciones familiares de padre e hijo habían sufrido desavenencias originadas en el comportamiento anormal de éste, quien padecía de un delirio sistematizado (fls. 50 y 51) hasta el punto de que Marcelino Rodríguez llegó a manifestar el propósito de dar muerte a su progenitor. Al parecer esas amenazas eran producto de la enfermedad mental que padecía y por la misma circunstancia quizá no se le daba suficiente trascendencia. Hacia el medio día del 12 de diciembre de 1962 Marcelino llegó inerme al patio de la casa de la finca "Delicias", situada en la vereda de "Canoas" del corregimiento de "Centenario" en jurisdicción municipal de Lebrija (S.), donde se encontraba su padre Bernardino en compañía de Carlina Gómez Santamaría dedicado a oficios agrícolas y a quienes se dirigió con el saludo acostumbrado. Bernardino al verlo, suspendió el trabajo, tomó una escopeta de perdigón y luego de preguntar a su hijo si él era quien intentaba matarlo en seguida, sin obtener respuesta, disparó contra él haciendo impacto en el pecho de Marcelino quien cayó a tierra; luego desenfundó un machete y con él le causó cuatro heridas localizadas en las regiones cervical, parietal y torácica. Por último amarró el cadáver de las extremidades inferiores e intentó enterrarlo en un lugar cercano y con tal fin lo arrastró hasta el sitio en donde fue encontrado por la autoridad policiva".

Adelantada la investigación correspondiente para comprobar el cuerpo del delito, descubrir a su autor, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados, el señor Juez Cuarto Superior de Bucaramanga dictó el auto de 29 de abril de 1965, por el cual llamó a juicio, ante jurado, a Bernardino Rodríguez Caballero, por el delito de homicidio en la persona de su hijo, Marcelino Rodríguez Novoa.

Se consideró en aquella providencia que la infracción cometida por Rodríguez Caballero caía dentro de las previsiones del artículo 363 del Código Penal, pues ella se dirigió contra la persona de un descendiente y el agente obró, además, "con manifiesto aprovechamiento de la desprevención e inferioridad defensiva de la vícti-

ma" (numerales 1º y 5º del artículo 363 del C. P.).

Convocado el Jurado, se propuso a éste la cuestión relativa a la responsabilidad del procesado, dentro de las condiciones especificadas en el auto de proceder. Sobre el veredicto proferido, dictó el señor Juez Cuarto Superior la sentencia de 4 de agosto de 1965, la que fue confirmada por el Tribunal Superior, en el fallo que se ataca en casación.

LA DEMANDA

Presentada por medio de abogado inscrito en la Corte, en la demanda respectiva se invocan contra la sentencia, "como causales de casación, la segunda y la primera contempladas en el Decreto-Ley número 528 de 1964".

Así se dijo al principio del libelo, pero posteriormente se adujeron como motivos de impugnación del fallo, lo que se denominó por el demandante "segundo motivo de la causal segunda", y finalmente, la causal tercera.

Funda la causal segunda el demandante en lo siguiente:

El Jurado, que intervino en esta causa, al dar respuesta a la cuestión sobre la responsabilidad de Bernardino Rodríguez Caballero que le fue propuesta por el Juez del conocimiento, dijo:

"Sí: El acusado es responsable de haber ocasionado la muerte a su hijo pero obró atemorizado al creer que su hijo podría cumplir sus amenazas.

"De acuerdo con los muchos atenuantes demostrados en la audiencia, el Jurado recomienda la máxima clemencia con el acusado".

En concepto del recurrente, la sentencia pronunciada en la causa "está en desacuerdo con el veredicto del Jurado", ya que siendo éste absolutorio, el juzgador de derecho lo estimó como condenatorio".

Estas son sus palabras:

"La afirmación de la primera parte del veredicto, se explica fácilmente, porque Bernardino mismo se reconoce como autor y el Jurado no podía negar o desconocer esa confesión.

"Pero la autoría que el Jurado reconoció, está calificada o contrapuesta, subordinada al contenido de la segunda parte de la oración o veredicto, en la cual se reconocen también las razones o móviles impulsores de la acción violenta, que fueron el temor fundado en la creencia muy razonable de que su hijo irrumpía en su casa para cumplir su designio criminoso, tantas veces reiterado antes.

"Es de todo punto de vista indubitable que que Bernardino Rodríguez obró, actuó, dio muerte violenta a su hijo bajo el apremio incontrolable del temor que en él era completamente justificado, por las amenazas de muerte que su hijo había proferido en diversas y numerosas oportunidades y ante distintas personas, que lo informaron a Bernardino.

"Bernardino no podía tomar a simple chanza o broma las amenazas de muerte que contra él había proferido su hijo, pues éste ya había ejecutado en otras personas actos de violencia, y dado su temperamento irascible y agresivo, su padre se vio en la necesidad de pedir protección a la autoridad para que lo recluyeran en un manicomio. El médico jefe de aquel establecimiento psiquiátrico, afirma que las condiciones psíquicas de Marcelino Rodríguez Novoa se traducían en un "delirio sistematizado", diagnóstico que concuerda totalmente con la conducta y procederes del occiso, por los atentados contra su propia hermana y hermano, y luego contra su padre.

"Entonces se ve cómo, el Jurado al traducir en el molde del lenguaje escrito su veredicto, condicionó aquella responsabilidad o autoría material atribuída a Bernardino Rodríguez, al temor que le hizo "creer que su hijo podría cumplir sus amenazas", interpretando así de manera fiel, la realidad probatoria que emerge de este proceso".

Y agrega luego:

"Este fallo en conciencia de los jueces de hecho, se traduce en el campo del derecho, en el reconocimiento expreso y concreto de la figura que los tratadistas de Derecho Penal y Tribunales de Justicia denominan "LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA O PUTATIVA", porque esta expresión o proposiciones en que el Jurado plasmó su decisión, contiene todos los elementos configurativos de la "*defensa putativa*".

Para terminar, en lo que dice relación con esta causal, trae la siguiente "síntesis":

"La sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 8 de febrero de 1966 que condenó a Bernardino Rodríguez Caballero a la pena principal de DIEZ Y SEIS AÑOS DE PRESIDIO y las accesorias de rigor por la muerte vio-

lenta que causó a su hijo Marcelino, se profirió con violación de los artículos 480, 499 del C. de P. P., y del artículo 29 de la Ley 4ª de 1943.

"El primero de los artículos se violó, porque la sentencia no se dictó de acuerdo con el veredicto del Jurado que en este caso fue absolutorio, y el Tribunal lo interpretó errónea o equivocadamente como condenatorio, según lo he demostrado.

"El Jurado de conciencia dijo que Bernardino sí había sido el autor de la muerte de su hijo Marcelino Rodríguez, "PERO" atemorizado al creer que su hijo podría cumplir sus amenazas".

"La decisión del "jurí" es claramente absolutoria y como sobre este veredicto se dictó sentencia condenatoria, el fallo en derecho no se dictó de acuerdo con la calificación que el jurado dio a los hechos sobre los cuales versó el debate, como lo dice el texto del artículo 280 del C. de P. P.

"La sentencia violó el artículo 499 del C. de P. P., porque el Tribunal calificó o interpretó las circunstancias modificadoras o eximentes reconocidas por el Jurado. "el temor fundado en la creencia de que Marcelino podría cumplir sus amenazas", como la circunstancia tercera de menor peligrosidad prevista en el artículo 38 del C. P., aplicando también indebidamente esta norma penal, en vez de los artículos 23 o 25 del mismo estatuto penal sustantivo.

"Al proceder así el Tribunal, sustituyó la función que le señala la ley y desconoció el campo reservado a los Jueces de conciencia".

Para sustentar la causal primera de las contempladas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, bajo el inciso primero del numeral 1º, dice la demanda que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, "pues en vez de aplicar las normas contenidas en el numeral 2º del artículo 23 del C. P. o el numeral 2º del artículo 25 ibidem, según que la defensa subjetiva se considere como causa de inimputabilidad o de justificación o excusa, para declarar en la sentencia que Bernardino Rodríguez no es responsable, o que su acción es excusable o justificable, se le condenó aplicándole las sanciones previstas en el artículo 363 del C. P. que eleva el homicidio a la categoría de asesinato, condenándolo a la más grave de las represiones penales: "presidio" y en tan alto grado, que dada su edad, —77 años— y las precarísimas condiciones de salud, seguramente fallecerá antes de cumplir o descontar aquella pena".

Lo que el demandante llama "Segundo motivo de la causal segunda" aparece expuesto de la siguiente manera:

"Dice el inciso segundo del artículo 56 del Decreto-Ley número 528 de 1964: "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 en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

"En el presente caso, considero que el Tribunal incurrió en "error de hecho" por errónea apreciación de determinada prueba".

"El Tribunal, cuya providencia en su mayor parte es transcripción de la del Juez de primera instancia, aceptó y reconoció, sin suficiente y ponderado estudio, que Bernardino Rodríguez dio muerte violenta a su hijo, con la circunstancia modificadora de la "ALEVOSIA", prevista en el numeral quinto del artículo 363 del C. P. y en consecuencia, intensificó la sanción base contemplada en esa disposición, en un año más de presidio".

La causal tercera de casación —"cuando la sentencia se haya dictado sobre veredicto contradictorio"— se alega como "subsidiaria" y "para el remoto caso de que las propuestas y sostenidas anteriormente no fueran tenidas en cuenta".

En resumen se afirma que el veredicto del Jurado es contradictorio, pues al tiempo que afirma la responsabilidad de Bernardino Rodríguez Caballero, como autor de la muerte de su hijo, en la primera parte, en la segunda desconoce tal responsabilidad.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se reclama la casación de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga contra Rodríguez Caballero, para que, en su lugar, se pronuncie "el fallo absolutorio correspondiente".

"Subsidiariamente", se demanda "la revocatoria o nulidad del fallo del Tribunal para convocatoria de nuevo jurado con base en la causal tercera de casación".

CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que ninguna de las causales alegadas por el apoderado del reo ha sido demostrada, y solicita, en consecuencia, que no se invalide el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal segunda de casación.—Dice el numeral 2º del artículo 56 del Decreto número 528 de 1964:

"En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos: "2º—Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Para el demandante, "el veredicto se ajusta espontánea y lógicamente a las pruebas del proceso", por lo cual la censura contra la sentencia dice relación únicamente a su desacuerdo con el veredicto. Y lo está —según aquel— porque el Tribunal interpretó la respuesta del Jurado, como si fuera condenatoria o afirmativa de la responsabilidad penal del procesado, cuando en realidad, ella es absolutoria, ya que si acepta la autoría material del hecho, al mismo tiempo afirma que éste se cumplió por la necesidad en que se vio Rodríguez Caballero en defender su vida, que él creyó amenazada por la sola presencia de su hijo.

Se responde:

Como se indicó anteriormente, en esta misma providencia, al llamar a juicio a Bernardino Rodríguez Caballero, el señor Juez Cuarto Superior de Bucaramanga, estimó que el homicidio predicado del procesado, cabía perfectamente dentro de las previsiones del artículo 363 del Código Penal, pues fue sujeto pasivo de la infracción un descendiente en primer grado y el agente obró, con notorio aprovechamiento de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encontraba la víctima (numerales 1º y 5º de la disposición citada).

Ejecutoriado el auto de proceder, al Jurado que debía intervenir en la audiencia pública tenía que someterse de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, un cuestionario que comprendiera todas las deducciones hechas en el auto de proceder por el juez de derecho.

De ahí que, en este caso, se preguntara:

"CUESTION UNICA.—El acusado BERNARDINO RODRIGUEZ CABALLERO, cuyas anotaciones personales constan a los autos, es responsable de haber ocasionado la muerte a su legítimo hijo Marcelino Rodríguez Nova, mediante heridas que le infiriera a eso de las once a once y media de la mañana del doce de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, en la finca "Delicias", situada en la vereda "Canoas", corregimiento "Centenario", de la jurisdicción territorial de Lebrija (S), y al cumplir su actuación lo hizo con el propósito de matar y dentro de circunstancias que colocaron a la víctima en condiciones de indefensión (alevosía)?, (fl. 114)".

En el debate público, la defensa sostuvo, con marcada insistencia, que el acusado no era responsable "por haber obrado en legítima defensa subjetiva o putativa", tesis que, desde luego, rechazó el señor Agente del Ministerio Público.

De donde se obtuvo esta respuesta:

"SI. El acusado es responsable de haber ocasionado la muerte a su hijo pero obró atemorizado al creer que su hijo podría cumplir su amenaza.

"De acuerdo a las muchas atenuantes demostradas en la audiencia, el jurado recomienda la máxima clemencia con el acusado".

¿Cuál es el sentido o verdadero entendimiento de esta respuesta?

Tanto el señor Juez de la primera instancia, como el Tribunal sentenciador, estimaron que el veredicto proferido aquí era afirmativo de responsabilidad, a pesar de las explicaciones que el Jurado, con apoyo en el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, dio sobre los motivos que impulsaron al padre a terminar con la vida del hijo.

Pues bien. El sentido de un veredicto no ha de darse en forma caprichosa o arbitraria, con perjuicio de los intereses sociales o de los individuales del incriminado. Para conocerlo, es preciso acudir a las demostraciones procesales, ya que "interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete".

Y así se tiene:

a.—)Examinadas en detalle las pruebas aportadas al debate, el Juez 4º Superior rechazó la defensa legal que se venía afirmando en el proceso, y en igual forma procedió el Tribunal. No es el caso, aquí, de entrar al examen particularizado de aquellas pruebas.

b.—) Alegada la misma causal de justificación, ante el jurado, y pesadas por éste las razones que favorecían tal tesis, así como las que la demeritaban, aquel cuerpo no afirmó que Rodríguez Caballero hubiera defendido su vida ante

el ataque real o imaginario de que se le hacía víctima por su hijo, y ello por la razón potísima de que tal situación de violencia no se presentó.

Se ha dicho y repetido hasta la saciedad por esta Sala, que la defensa legal o legítima, por su aspecto objetivo o real, sólo tiene vigencia operante cuando se presentan estas circunstancias:

a—) Que quien la alega se haya visto en la necesidad de defenderse, necesidad que se mide desde un ángulo meramente subjetivo.

b—) Que exista, en el campo externo, material u objetivo, una violencia contra quien dice haberse visto en la necesidad de salvar su derecho.

c—) Que esa violencia sea actual, esto es, que no dé campo a esperar la protección de la autoridad, ya que quien se defiende ejercita una autoridad subsidiaria.

d—) Que esa violencia sea injusta, esto es, que vaya contra el derecho.

e—) La existencia de un derecho, un bien o un interés jurídico en peligro, y

f—) Que la agresión y la defensa guarden proporción, esto es, que el acto de rechazo sea correlativo a los actos de violencia.

Sin que sea necesario, de otra parte, entrar al análisis de estos elementos integrantes de la figura jurídica pues en este caso, ella no ha sido alegada.

Se ha hablado, en cambio, de la existencia de una defensa subjetiva o putativa, que es, según autorizados exégetas, "la ilusión de un injusto peligro convertida en realidad psíquica".

Esta ilusión no debe ser simple fruto de una imaginación enfermiza, sino que debe basarse o fundarse en alguna realidad, en algún movimiento, en alguna actividad de parte de la víctima. La defensa subjetiva o putativa exige, como se ve, y con excepción del acto de agresión real, los mismos requisitos que la defensa objetiva, a saber: necesidad de defensa, peligro actual e injusto, derecho protegido amenazado, proporcionalidad entre la agresión y el rechazo de la misma. Pero para que se presente la defensa subjetiva, se requiere, sí, un principio de agresión, un movimiento que le haga aparecer como real, aunque tal principio sea falso. En ella, por la actividad de la víctima, la agresión, que es simple ilusión, se hace real, actual, injusta. De ahí la reacción.

Conviene, para ilustrar mejor la cuestión, traer las citas que presenta el demandante para sustentar la tesis de la defensa putativa ejercida, en su concepto, por el procesado:

"La legítima defensa putativa es, pues, la reacción necesaria determinada por la creencia razonable *fundada en hechos*, de un peligro actual, grave e injusto que realmente no existe".

"En sustancia, la característica de la legítima defensa putativa, consiste en reaccionar *suponiendo, con razón*, la presencia de un peligro que en realidad no es verdadero".

La ilusión de injusto peligro debe fundarse en hechos. La creencia debe ser razonable. La suposición del peligro, no puede ser arbitraria, sino "con razón".

Se ha dicho que la defensa putativa o subjetiva equivaldría a una causal de inimputabilidad o de justificación negativa del hecho ya que podría encajarse perfectamente en el numeral 2º del artículo 23 del C. P. Ello es así en muchos casos, pero no en todos, si se atiende a los requisitos que la ley exige para que pueda darse el error esencial de hecho.

Si, pues, el jurado hubiera deducido de las pruebas y de las alegaciones la existencia de la defensa legal, en cualquiera de sus formas, la habría afirmado en su respuesta, sin necesidad de acudir a los términos que empleó y con los cuales únicamente quiso indicar cuáles fueron los motivos que tuvo Bernardino para ultimar a su hijo: el temor que sentía a la vista de éste. Pero por parte alguna aparece que Marcelino se hubiera manifestado insolente —antes bien humillado— o que hubiera ejercido el menor movimiento sospechoso, que hiciera creer a su padre, con razón, que se encontraba frente a una violencia actual e injusta.

Mirando, por tanto, el veredicto por los dos aspectos señalados, se llega a la conclusión clara de que él es afirmativo de la responsabilidad de Bernardino Rodríguez Caballero, el que obró atemorizado ante la presencia de su hijo, que, en anteriores ocasiones, lo había amenazado.

"De no ser así —dice el señor Procurador— habría sobrado la frase solicitando clemencia para el acusado, con lo que se corrobora el propósito de los jueces de hecho de proferir un veredicto indudablemente condenatorio".

Y agrega:

"Ahora bien, es inexacto que la conjunción ad-

versativa "pero", como lo sostiene el señor Fiscal del Tribunal y lo auspicia el abogado impugnador, gramaticalmente tenga el oficio exclusivo de contraponer al concepto fundamental uno subsiguiente que lo anule, sino que se emplea generalmente como limitativa o modificativa de la oración o proposición principal, que es el caso presentado en el veredicto materia de estudio".

Se tiene, en consecuencia:

"El proceso penal es un todo armónico. Así, demostrado el cuerpo del delito y la responsabilidad de un sujeto determinado como autor del mismo, viene el auto de proceder. Este comprende dos partes bien definidas: la motiva y la resolutiva.

"En aquella, se refieren o narran los hechos investigados y se analiza la prueba de ellos, se determina la personalidad del sindicado, se estiman las circunstancias en que el hecho se produjo y que lo fijan con toda claridad. En la segunda, se produce "el llamamiento a juicio por el delito que corresponde, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código", pero en forma genérica, esto es, sin dar la especie a que pertenezcan, ni señalar el artículo que se considere aplicable. Y en todo, como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva. (artículo 431 del C. de P. P.).

"Adelantado el juicio, y obtenido el veredicto del Jurado, en los casos en que éste haya actuado, viene la sentencia, en la cual se cumplirá el mandato del artículo 159 del C. de P. P.

"El fallo tendrá como premisas, y será, por tanto, su conclusión, el auto de proceder y la respuesta del Jurado, cuando ésta se obtiene. En realidad, "el fundamento inmediato de la sentencia", en juicios que se cumplen con la presencia del tribunal popular, es el veredicto del mismo, porque es éste, "quien determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma".

La sentencia acusada se encuentra de acuerdo con el auto de proceder e interpreta el veredicto finalmente, como acaba de demostrarse, con lo cual se está afirmando que la causal segunda de casación alegada no es procedente.

Causal primera.—Hay lugar a casación "cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

El demandante opina que, al desechar el Tribunal la existencia de la causal de justificación —defensa subjetiva o putativa— se violaron los artículos 23, numeral 2º y 25, numeral 2º del Código Penal, así como el artículo 363 de la misma obra.

Se responde:

El temor, el miedo, quizás pudieran colocarse, cuando ellos provienen de una coacción ajena insuperable, como motivos de exención de responsabilidad, en armonía con el numeral 1º del artículo 23 del C. P.

La "ilusión de injusto peligro convertida en realidad psíquica", fundada, desde luego, en hechos, o suposición razonada de una agresión actual e injusta, sería un error esencial de hecho, que eximiría de responsabilidad, de acuerdo con lo dicho por el numeral 2º del artículo 23 citado.

Pero es el caso de que el demandante no hizo alusión a lo primero y sí a lo segundo. Este se encontró falto de apoyo, al comentar la causal segunda: el desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

Y como los razonamientos que se dan por el demandante para sustentar la causal primera, son los mismos alegados para reclamar el reconocimiento de la segunda, síguese de ello, que, rechazados allá, deben desconocerse acá, si la una es "consecuencial" de la otra.

No habiendo afirmado el jurado la defensa putativa de parte de Bernardino Rodríguez Caballero, el Tribunal tenía que sujetarse a lo dispuesto por el artículo 363 del C. P., obedeciendo así las premisas que se habían dado para proferir la sentencia, conclusión del proceso.

"Segundo motivo de la causal segunda.—En realidad, el demandante alude aquí al motivo de casación referido en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 56 del Decreto Nº 528 de 1964, pues habla de una violación de la ley, porque considera "que el Tribunal incurrió en 'error de hecho' por errónea apreciación de determinada prueba".

"En qué prueba del proceso —dice— apoyó la existencia o configuración de esta circunstancia modificadora que eleva el homicidio a la categoría de asesinato?". Se refiere aquí al hecho de que el delito cometido por Rodríguez Caballero se hubiera tenido como asesinato, no sólo por haber sido la víctima un hijo del victima-

rio, sino por haber obrado el agente dentro de lo preceptuado por el numeral 5º del artículo 363.

En procesos en que ha intervenido el Jurado no es admisible alegar esta causal, pues la apreciación de la prueba, de una parte, corresponde al juez de conciencia, que goza de libertad para hacerlo, y de la otra, un estudio sobre los elementos probatorios llevaría a una declaración de contraevidencia, de los hechos con el veredicto, lo que no ha sido señalado por el legislador como motivo de casación.

De otra parte, los errores deben ser demostrados. Y en este caso, no sólo no se intenta una comprobación del que se anota, sino que la causal se alega "en forma tangencial o indirecta sólo con el propósito de destacar aún más, la equivocada decisión condenatoria del Tribunal".

El cargo, pues, no existe.

Causal tercera.—Finalmente, se dijo por el demandante que la sentencia fue dictada sobre un veredicto contradictorio.

Ya se indicó atrás cómo el veredicto proferido por el Jurado es simplemente afirmativo de responsabilidad y que las agregaciones hechas en él se dirigieron a explicar el motivo que tuvo el sujeto activo de la infracción, al obrar contra su hijo.

"El veredicto es contradictorio cuando de sus términos se desprende la afirmación y a la vez la negación del —mismo hecho— en este caso la responsabilidad". Si, pues, se acepta que el veredicto afirmó la responsabilidad del procesado y señaló el motivo que impulsó a éste a obrar, mal podría tenerse como contradictorio.

Ahora bien: la Corte tiene dicho que no es lícito invocar, en una demanda, causales que se excluyan, como ocurre en el presente caso. Si el veredicto —dice el demandante —"se ajusta espontáneas y lógicamente a las pruebas del proceso", cómo es que se viene ahora, con que no hay veredicto, pues los términos del mismo son contradictorios, ya que el segundo niega lo que el primero afirma?

Basta lo dicho para que se deseche este último cargo.

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 Agente del Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de febrero de este año, obra del Tribunal Superior de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

EL FUERO CONSAGRADO PARA LOS JEFES DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS NO SE HACE EXTENSIVO AL DIRECTOR DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION.

La Caja Nacional de Previsión Social es una de aquellas entidades que la Ley y la Jurisprudencia han solido denominar "establecimientos públicos descentralizados", algunas de cuyas características esenciales señala la Ley 151 de 1959: "autonomía administrativa, personería jurídica, patrimonio independiente aportado, directa o indirectamente, por el Estado".

No siendo, por tanto, la Caja Nacional de Previsión un Departamento Administrativo de aquellos a que expresamente se refiere la Constitución en sus artículos 57, 120 y 132, es obvio que su Gerente o Director no participa del fuero consagrado en el artículo 151 de la misma Carta y en el artículo 17 del Decreto 528 de 1964.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Los abogados Jorge Camelo Arenas, Juan B. Vargas y José Ríos Trujillo han formulado ante la Corte denuncia de carácter penal contra el doctor Edgar Martán Góngora, por considerar que éste, como "Director de la Caja Nacional de Previsión", "ha violado" las normas contenidas en los artículos 169, 171 y 308, inciso 1º del Código Penal.

Después de expresar los hechos en que fundan la denuncia y de sugerir que se practiquen determinadas pruebas, bajo el rubro "COMPETENCIA DE LA HONORABLE CORTE" dicen los denunciantes: "Como el Dr. EDGAR MARTAN GONGORA es Jefe del Departamento Administrativo denominado "CAJA NACIONAL DE PREVISION", el Ordinal 2º del Artículo 2º del Artículo 151 de la Constitución Nacional atribuye la competencia a la Honorable Corte Suprema de Justicia".

Entre las atribuciones especiales que el artículo 151 de la Carta señala a la Corte, ciertamente está la de "Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Jefes de Departamentos Administrativos. . . "Ello se repite en el artículo 17, numeral 6, del Decreto 528 de 1964.

El Acto Legislativo Número 1 de 1945 trajo la innovación de permitirle al legislador la creación de Departamentos Administrativos, cuyos Jefes son colaboradores inmediatos del Presidente y de su libre nombramiento y remoción. Como se recordará, el artículo 30 del referido Acto Legislativo dice:

"El Presidente de la República y los Ministros del Despacho y los Jefes de Departamentos Administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, constituyen el Gobierno.

"Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se constituyen responsables".

Reforma ésta cuyo alcance explicó con toda propiedad el Ministro de Gobierno de esa época en los siguientes términos: "Debe existir una administración estable y una política elástica. Pero el Jefe político se confunde hoy con el jefe responsable de la administración. El Ministro con el gestor de negocios. Hay departamentos del Gobierno que exigirían un Gerente a la cabeza. Pero se llaman Ministerios. Y un gerente técnico que además tuviera que responder a los discursos del Congreso con elocuencia y sagacidad, es

difícil hallar... *La reforma consiste en constituir el Gobierno con Ministros y jefes de departamentos administrativos, ambos nombrados por el Presidente...*" (Subraya la Sala).

El artículo 18 de la Ley 6ª de 1945 autorizó al Gobierno para que procediera a organizar la Caja Nacional de Previsión Social, con el fin de que atendiese al pago de las prestaciones de los empleados públicos al servicio de la Nación, señaladas en el artículo 17 del mismo estatuto.

Conforme a los artículos 19 y 20 de la referida Ley, la Caja es una persona jurídica autónoma con patrimonio propio. Y el Decreto 1.600 de 1945, orgánico de la Caja, repitió en su artículo 1: "La Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, es una entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio, independiente de los bienes y fondos del Estado, a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales indicadas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a ella estén afiliados forzosamente y los demás, empleados y obreros oficiales que lleguen a afiliarse por el procedimiento facultativo que el presente Decreto determina".

Es, pues, la Caja Nacional de Previsión Social, una de aquellas entidades que la Ley y la jurisprudencia han solido denominar "establecimientos públicos descentralizados", algunas de cuyas características esenciales señala la Ley 151 de 1959: "autonomía administrativa, personería jurídica, patrimonio independiente aportado, directa o indirectamente, por el Estado".

No siendo, por tanto, la Caja Nacional de Previsión un Departamento Administrativo de aquellos a que expresamente se refiere la Constitución en sus artículos 57, 120 y 132, es obvio que su Gerente o Director no participa del fuero consagrado en el artículo 151 de la misma Carta y en el artículo 17 del Decreto 528 de 1964.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE ABSTIENE de conocer del asunto a que se refiere la parte motiva de esta providencia, y DISPONE enviar estas diligencias a los Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Bogotá (Reparto), por haberse formulado, entre otros, el cargo de prevaricato.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Cuando quiera que ciertos factores pueden sembrar la duda sobre la autonomía del juzgador, ello es suficiente para remover las causas que la originen, así no esté realmente afectada la libertad del Juez, pues no basta que el fallo sea justo, sino que es necesario que se crea que el juzgamiento también lo es.

En todo proceso es necesario, igualmente, que los asociados tengan la confianza y seguridad de que nada distinto de la imparcialidad más estricta debe determinar la decisión de los jueces. Y cuando quiera que ciertos factores puedan sembrar la duda sobre la autonomía del juzgador, ello es suficiente para remover las causas que la originen, así no esté realmente afectada la libertad del Juez. Se ha dicho que no es suficiente que la sentencia sea justa, sino que se crea por los asociados que el juzgamiento también lo es.

Son estas las razones en que se apoyan los casos de recusación de los jueces (art. 73 del C. de P. P.) y el de cambio de radicación de un proceso penal (art. 47 del Decreto 528 de 1964).

Esta última disposición preceptúa que "en cualquier estado del proceso y antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia, podrá el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados o procesados por delitos de la competencia de los jueces superiores de distrito o municipales, sean juzgados en otros distritos. Esta medida será tomada por el Gobierno, de oficio o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado".

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El Ministerio de Justicia envió a la Corte la petición del doctor Pablo Alzate Fernández sobre cambio de radicación del proceso seguido contra EVELIO BERMUDEZ MORALES, por homicidio cometido en la persona del doctor Augusto Gómez Botero, quien cuando fue muerto ejercía las funciones de Juez Municipal de Anserma (Caldas).

Dice el doctor Alzate Fernández, en su condición de mandatario de Bermúdez Morales:

"El procesado y detenido por esta tragedia lo es el ciudadano Evelio Bermúdez Morales, quien confiriómo poder como su defensor, después de haber demandado los servicios de otros profesionales del derecho, que se negaron, debido a la especial condición del finado y de sus hermanos, quienes también son profesionales de firmes merecimientos, vinculados a la rama jurisdiccional de Caldas, como lo son el Dr. Evelio Gómez Botero, Magistrado del H. Tribunal de Pereira y Fabio Gómez Botero, Personero Municipal de esta ciudad.

"Dentro del sumario que solo tiene veinte días de iniciado soy apoderado del sindicado y detenido, quien soporta contra los legítimos derechos de su defensa, un pesado y denso ambiente social, inclusive en las esferas judiciales, debido a las circunstancias que acabo de concretarle: prevención, ciega protesta colectiva, odio desfogante, que excluye toda serena reflexión para la justicia, todo buen juicio espiritual con capacitación para valorar sobre el cómo y por qué de esa lamentable tragedia, es decir, se carece de esa imparcialidad que la sociedad exige para el logro de una correcta investigación ejemplarmente desprovista de odios y venalidades".

Allega el peticionario los siguientes elementos de juicio:

a).—Certificación del señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Pereira (Caldas), en el cual anota que, tomando en cuenta que "los doctores Evelio y Fabio Gómez Botero, Magistrado del H. Tribunal Superior de este Distrito y Personero Municipal de Pereira, en su orden, son hermanos legítimos del occiso mencionado, profesionales muy distinguidos y vinculados estrechamente a los medios sociales de Caldas, resultaría muy conveniente, para la acertada e imperturbable administración de justicia, que el proceso aludido fuera radicado en un Distrito Judicial de otro Departamento".

b).—Manifestación del señor Fiscal 3º del Tribunal Superior de Pereira, quien, asimismo, encuentra "muy conveniente, aconsejable, a la vez que plausible que el proceso fuera radicado en un Distrito Judicial de otro Departamento, para la acertada, recta e imperturbable administración de justicia", habida consideración de la posición profesional y social de los hermanos de la víctima.

c).—Informe del señor Juez Penal Municipal de Risaralda (Caldas), del cual se desprende:

1º—Que en ese Despacho cursa el proceso a que alude el doctor Alzate Fernández.

2º—Que el occiso fue hermano de los doctores Evelio y Fabio Gómez Botero, personas vinculadas al Poder Judicial y al Ministerio Público, en el Distrito Judicial de Pereira.

3º—Que "ignora las causas por las cuales el sindicado BERMUDEZ MORALES estuvo contando con tropiezos para la consecución de abogado que se hiciera cargo de su defensa...".

e).—Testimonio del señor Personero Municipal de Risaralda (Caldas), según el cual el sindicado Evelio Morales "cuenta con la reacción de algunos sectores, contra sus derechos de defensa, por ser hermano, el occiso, de los doctores Evelio y Fabio Gómez Botero, ambos vinculados a la rama jurisdiccional de Pereira...". También opina que es, no sólo "aconsejable, sino plausible para la recta e imperturbable administración de justicia, que el proceso fuera radicado en un Distrito Judicial de otro Departamento".

Pues bien:

Aun cuando el proceso se encuentra en la etapa de instrucción y es obvio que este diligenciamiento debe ser adelantado en el lugar donde ocurrieron los hechos, bien puede disponerse, si así lo estima conveniente el Gobierno Nacional, el cambio de radicación del negocio aludido desde ahora, medida que resulta aconsejable para una recta administración de justicia.

Las pruebas traídas al expediente así lo indican, pues es desde todo punto de vista necesario que, en todo juicio, se impida que circunstancias o motivos de cualquier índole puedan interferir el desarrollo recto del juzgamiento.

Corresponde recordar que en todo proceso es necesario, igualmente, que los asociados tengan la confianza y seguridad de que nada distinto de la imparcialidad más estricta debe determinar la decisión de los jueces. Y cuando quiera que ciertos factores puedan sembrar la duda sobre la autonomía del juzgador, ello es suficiente para remover las causas que la originen, así no esté realmente afectada la libertad del juez. Se ha dicho que no es suficiente que la sentencia sea justa, sino que se crea por los asociados que el juzgamiento también lo es.

Son estas las razones en que se apoyan los casos de recusación de los jueces (art. 73 del C. de P. P.) y el de cambio de radicación de un proceso penal (art. 47 del Decreto 528 de 1964).

Esta última disposición preceptúa que "en cualquier estado del proceso y antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia, podrá el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados o procesados por delitos de la competencia de los jueces superiores de distrito o municipales, sean juzgados en otro distrito. Esta medida será tomada por el Gobierno, de oficio o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado".

En razón de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia CONCEPTUA FAVORABLEMENTE al cambio de radicación del proceso penal que se sigue contra EVELIO BERMUDEZ MORALES, por el delito de homicidio.

Devuélvase el informativo al Ministerio de Justicia.

COPIESE Y CUMPLASE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

INTERPRETACION Y ALCANCE DEL DECRETO 2184 DE 1951, RESPECTO DE LAS PENAS MINIMAS Y MAXIMAS SEÑALADAS POR EL LEGISLADOR PARA CONDUCTAS AGRAVADAS

La Corte ratifica su doctrina expuesta, sobre este particular, en sentencia de 12 de agosto de 1965.—El mínimo de la pena señalada en el artículo 404 del C. P., para el delito de robo, también sufrió el aumento a que se refiere el decreto antes citado.—Correcta aplicación de la ley penal sustantiva, por parte del Tribunal ad-quem al caso de autos.

La Corte reitera la doctrina expuesta en sentencia de casación de 12 de agosto de 1965, que en lo pertinente dice:

"La interpretación que da el demandante al artículo 1º del Decreto 2.184 de 1951 es arbitraria y caprichosa. De aceptarla, se estaría admitiendo que el Legislador no pensó en aumentar las sanciones para las conductas agravadas y se limitó, en cambio, a hacer gravosa la situación de las conductas simples, lo que sería aberrante.

"Si se tiene en cuenta que el mencionado Decreto, al ordenar el aumento de las penas mínimas señaladas en el libro 2º del Código Penal y leyes que lo adicionan o reforman, sólo excluyó del mismo las penas fijadas en los Títulos I, II, XII y XV y en los artículos 224 y 302 del mismo libro, fuerza es concluir que el mínimo señalado en el artículo 404 del C. P. ha sufrido aquel aumento.

"La fijación de penas en el C. P. colombiano sigue el criterio de indeterminación relativa. Para cada conducta antijurídica señala el mínimo y el máximo de la sanción penal a ella aplicable. Y el Juez, al individualizar la pena, se moverá dentro de ese mínimo y ese máximo, sin bajar del primero ni sobrepasar el segundo, teniendo en cuenta —como lo anota el artículo 36 del C. P. —"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".

"Para fijar la pena, en su calidad y en su cantidad, se atendió a la entidad delictiva apreciable por la mayor determinación de la inteligencia y de la voluntad del delincuente y por el mayor daño social que produzca su conducta. De donde surgen los delitos agravados, como los contemplados en los artículos 398, 399, 403 y 404 del C. P. para sólo citar algunos ejemplos.

"A éstos señaló el Legislador mayor sanción, tanto por lo que respecta con el máximo como con el mínimo. El Decreto 2.184 de que se viene hablando tuvo en cuenta tal situación y, sin embargo, no dispuso que sus disposiciones no fueran aplicables a ella. Por consiguiente, donde el legislador no distingue, tampoco puede hacerlo el Juez, sin notorio quebranto de la norma".

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

(Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por Miguel Antonio Mejía Camacho o José Eloy Novoa Vega contra la sentencia de primero de marzo del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y en la cual se le condenó, por el delito de robo, a la pena de seis (6) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES.

Los hechos están narrados así:

"Informan los autos, que el día 18 de febrero de 1964, a las tres y media de la tarde, tres sujetos penetraron al apartamento de la familia Lozano-Molano situado en la calle 20 Nº 15-24 de esta ciudad, y al ser sorprendidos por la muchacha del servicio Waldina Bello procedieron a maniatarla, para continuar en el despojo mien-

tras proferían amenazas contra la mencionada muchacha y un niño pequeño que también se encontraba en el apartamento. Que una vez que tuvieron empacadas en dos cajas de cartón y una maleta los objetos de que se iban a apropiar, procedieron a salir con ellos del apartamento, dejando a la citada Waldina Bello debidamente atada y que al pretender abordar un taxi para emprender la huída, con el botín del ilícito, fueron capturados por el Detective Nº 1032 del DAS, quien los había estado vigilando desde antes de que penetraran al edificio en donde está ubicado el apartamento asaltado, por haber juzgado sus movimientos como sospechosos. (fl. 4)".

El proceso se adelantó con sujeción a las normas del Decreto 0014 de 1955. El Juez 56 Penal Municipal dictó la sentencia de primer grado el 4 de diciembre de 1965, y en ella condenó al incriminado a treinta y siete (37) meses de presidio y sanciones accesorias. El Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo que es motivo de este recurso, reformó lo dicho por el Juzgado de instancia e impuso a Mejía Camacho o Novoa Vega seis (6) años de presidio.

DEMANDA.

Por medio de abogado inscrito en la Corte se sustentó el recurso de casación.

En la demanda respectiva, sólo se invocó la causal 1ª de las señaladas en el artículo 56 del Decreto Nº 528 de 1964, y con base en ella, se hicieron dos cargos contra la sentencia, a saber:

a).—La sentencia "violó la ley sustantiva penal al darle aplicación indebida al artículo 1º del Decreto 2184 de 1951.

Y se explica este concepto en los siguientes términos:

"El art. 1º del Decreto 2184 de 1951 al elevar al *doble las penas mínimas* señaladas en el Libro 2º del C. P. se refiere *única y exclusivamente a las penas mínimas de los delitos simples señalados en el Libro 2º del C. P., precisamente por ser ellas tan suaves y de corta duración.* Así, lo vemos, por ejemplo, en el hurto simple (art. 397 del C. P.) que es *prisión de 6 meses* a 6 años; robo simple (art. 402 del C. P.) que es *prisión* de 1 a 8 años; extorsión y chantaje simples (art. 406 del C. P.) que es *prisión de 8 meses* a 5 años; estafa común y corriente (art. 408 del C. P.) que es *prisión* de 1 a 7 años; abuso de confianza (art. 412 del C. P.) que es *prisión de 6 meses* a 3 años, etc.

"Precisamente la tendencia del legislador fue luchar el Decreto 2184 de 1951 contra tales penas suaves y de corta duración, en presencia de delitos de ocurrencia diaria, lo cual constituía una invitación a cometerlos, dadas las faltas de severidad en la sanción".

b).—El fallo impugnado interpretó erróneamente el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, "con lo cual violó dicha disposición, lo mismo que el artículo 1º de la Ley 95 de 1936 y el artículo 26 de la Constitución Nacional".

En estos términos señala el demandante el sentido de la violación:

"Hay interpretación errónea cuando el Juzgador viola la ley a consecuencia del equivocado concepto que de ella se tiene; erradamente considera que la norma tiene un contenido distinto del que en realidad le dio el legislador. "Es la resultante de un concepto falso o equivocado sobre el espíritu, alcance y consecuencias de la norma en relación con el hecho", "la errónea interpretación de la ley se subordina al criterio subjetivo del juzgador quien al darle una interpretación equivocada a la norma puede agravar o disminuir en el fallo las consecuencias de la pena", son estas definiciones de la Honorable Corte Suprema de Justicia".

"En el caso de autos el Tribunal sentenciador consideró que el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951 era aplicable al delito de robo cometido dentro de las modalidades de agravación de que se habla en el artículo 404 del C. P., sin tener en cuenta la favorabilidad y los límites de la interpretación de la ley penal".

Se pide a la Corte "que pasando por encima de los errores que haya podido cometer en esta demanda, se sirva, por vía de amplitud, casar el fallo recurrido, unificar la jurisprudencia sobre tal grave asunto y dictar el fallo que corresponda".

Dice, en efecto, el recurrente que conviene a los fines de la justicia que la Corte dé su concepto claro sobre la cuestión propuesta, ya que el Tribunal Superior de Bogotá, en sus diversas Salas de Decisión, ha manifestado opuesto criterio a este particular.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide a la Corte no case el fallo recurrido, pues encuentra ajustada a derecho la aplicación

de la ley penal y carente de contenido jurídico las alegaciones del señor apoderado de Mejía Camacho o Novoa Vega.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda la argumentación de la demanda tiende a demostrar que fue indebida la aplicación, en este preciso caso, del artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, que a la letra dice:

"Elévanse al doble las penas mínimas señaladas en el Libro Segundo del Código Penal y Leyes que lo adicionan y reforman.

"De esta disposición exceptúanse las fijadas en los Títulos I, II, XII y XV y en los artículos 224 y 302 del mismo Libro y las que se determinan en los Decretos números 0241 y 1858 de 1951".

La razón fundamental de la violación está, en palabras del demandante, y como se vio antes, en que el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951 al elevar al doble las penas mínimas señaladas en el Libro 2º del C. P. se refiere única y exclusivamente a las penas mínimas de los delitos simples señaladas en el Libro 2º del C. P., precisamente por ser ellas tan suaves y de corta duración".

Para responder el cargo, la Corte se remite a lo dicho ya, en sentencia de casación de 12 de agosto de 1965:

"La interpretación que da el demandante al artículo 1º del Decreto 2184 de 1951 es arbitraria y caprichosa. De aceptarla, se estaría admitiendo que el legislador no pensó en aumentar las sanciones para las conductas agravadas y se limitó, en cambio, a hacer gravosa la situación de las conductas simples, lo que sería aberrante.

"Si se tiene en cuenta que el mencionado Decreto, al ordenar el aumento de las penas mínimas señaladas en el Libro 2º del Código Penal y Leyes que lo adicionan o reforman, sólo excluyó del mismo las penas fijadas en los Títulos I, II, XII y XV y en los artículos 224 y 302 del mismo Libro, fuerza es concluir que el mínimo señalado en el artículo 404 del C. P. ha sufrido aquel aumento.

"La fijación de penas en el C. P. Colombiano sigue el criterio de indeterminación relativa. Para cada conducta antijurídica señala el mínimo y el máximo de la sanción penal a ella aplicable. Y el Juez, al individualizar la pena, se moverá dentro de ese mínimo y ese máximo, sin bajar del primero, ni sobrepasar el segundo, teniendo en cuenta —como lo anota el artículo 36 del C. P.— "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".

"Para fijar la pena, en su calidad y en su cantidad, se atendió a la entidad delictiva apreciable por la mayor determinación de la inteligencia y de la voluntad del delincuente y por el mayor daño social que produzca su conducta. De donde surgen los delitos agravados, como los contemplados en los artículos 398, 399, 403 y 404 del C. P. para sólo citar algunos ejemplos.

"A éstos señaló el legislador mayor sanción, tanto por lo que respecta con el máximo como con el mínimo. El Decreto 2184 de que se viene hablando tuvo en cuenta tal situación y, sin embargo, no dispuso que sus disposiciones no fueran aplicables a ella. Por consiguiente, donde el legislador no distingue, tampoco puede hacerlo el Juez, sin notorio quebranto de la norma".

El Tribunal de Bogotá, al dar aplicación a la ley penal, no incurrió en error, ni hizo descaminadas interpretaciones. Por el contrario, se ajustó exactamente a los términos legales.

De donde se ve que la causal alegada no es procedente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se ha referido este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

CONTRABANDO

Ineficaz impugnación a la sentencia recurrida por apreciación errónea de los artículos 21 y 1758 del C. C., respecto del carácter de documento auténtico a mensaje de INTERPOL.—Qué es la INTERPOL y cuál su situación frente al Estado Colombiano.—Valoración de la prueba aportada al proceso.—La cuantía en el delito de contrabando y la graduación de la pena.—Avalúo pericial ajustado a los términos de los artículos 14 del Decreto 188 de 1958 y 13 y 23 del Decreto 2435 de 1958.—Cargos a la sentencia por el motivo de acusación previsto en el ordinal 1º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, con base en supuesta apreciación errónea de pruebas.

La cuantía de un delito, determinable a través del valor de los objetos sobre que haya recaído, no es, como se pretende en la demanda, elemento estructural de ese delito, sino un factor que en algunos, como en aquellos que afectan el patrimonio, sirven para determinar la competencia y graduar la pena, y en otros, como en el peculado y el contrabando, para únicamente graduar la pena.

El artículo 17 del Decreto 188 de 1958 prescribe que en los procesos por los delitos de contrabando son aplicables las normas establecidas por los códigos penal y de procedimiento penal, siempre que no fueren incompatibles con el de procedimiento aduanero, lo que quiere decir que en el caso de autos, en orden a no observarse incompatibilidad, sea aplicable el artículo 314 del C. Penal, donde se dispone que si "las cosas materia de la infracción" no "fueren habidas", se "establecerá su valor por cualquiera de los medios probatorios adecuados".

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

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

De los recursos de casación interpuestos por los procesados HERNANDO ALVAREZ, GONZALO GONZALEZ, HUGO ALBERTO CORREA contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas de fecha 31 de julio del año pasado, por medio de la cual fueron condenados, los dos primeros, a la pena principal de "CUATRO AÑOS DE PRISION", y, el último, a la de "TRES AÑOS", también de prisión, se procede a resolver los concernientes al segundo y al tercero, puesto que el otro, Alvarez, falleció.

HECHOS Y ACTUACION:

La tarde del 2 de noviembre de 1961, previo el respectivo permiso del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, salió de Cartagena hacia Panamá, en la conducción de 10.000 "Sacos vacíos para empaque", el avión CURTIS C-46,HK-613, de propiedad de la empresa "Servicios Especiales Aéreos", comandado por Gonzalo González, como piloto, Hernando Alvarez, como copiloto, y Hugo Alberto Correa, como mecánico de vuelo, avión que, no obstante estar obligado a regresar desocupado y en vuelo directo a Cúcuta, trajo en ese regreso, realizado el 4 del mismo citado mes, un cargamento, que resultó ser un contrabando de mercancía extranjera, en cuantía superior a $ 200.000.00, el cual fue transbordado en Valledupar, donde la nave hizo escala, a dos camiones que penetraron en forma violenta al campo de aterrizaje, en momentos en que aquella descendió, y que se lo llevaron con rumbo y destino desconocidos.

En razón de estos hechos, el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, fundado en que "no aparece dentro del proceso" prueba del "cuerpo del delito", absolvió, conforme a sentencia del 15 de julio de 1963, a los procesados González, Alvarez y Correa, fallo que el Tribu-

nal Superior de Aduanas revocó en el suyo del 31 de julio del año pasado, a efecto de condenar los dos primeros, como ya se advirtió, a la pena principal de "CUATRO AÑOS DE PRISION" y, el tercero, a la de "TRES AÑOS", también de prisión.

LAS DEMANDAS:

En las demandas, presentadas, una de ellas, en representación de González y, la otra, en la de Correa, se invoca la causal de casación del ordinal 1º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, a cuyo amparo se formulan al fallo acusado los cargos que a continuación se señalan, procurando resumirlos conforme a la argumentación de uno y otro de los libelos. Ellos son:

I.—Conforme al criterio de esas demandas, por "apreciación errónea", en la sentencia impugnada, sin reparar en los artículos 21 y 1758 del Código Civil y transgrediéndolos, se dio el carácter de documento auténtico a la comunicación de INTERPOL de Panamá y a la División de Extranjería del DAS, donde se relacionan las mercancías con que el avión CURTIS C-46, HK-613 emprendió su regreso a Colombia el predicho 4 de noviembre, lo mismo que a las llamadas "Declaraciones de Salida" de la "Zona Libre de Colón", donde se hace esa misma relación, aunque fijando como destino a Curazao, autenticidad que esos documentos sólo habrían podido alcanzar sometidos a las formalidades, preterm itidas, que señalan los artículos 657 y 658 del Código Judicial, disposiciones que, en consecuencia, resultaron violadas, suerte que, además, corrieron los artículos 205 y 251, armonizados entre sí, y 203 del C. de P. Penal, puesto que tales documentos, en el expresado carácter, fueron acogidos como plena prueba" del cuerpo del delito y determinaron la condenación objetada.

II.—Respecto de las "Declaraciones de Salida" se pretende, además, en una y otra de las dos demandas que aún en la hipótesis de que "valieran como documentos auténticos", también se incurrió en "error de apreciación", porque en ninguna de ellas aparece la firma "de los tripulantes de la aeronave CURTIS C-46, HK-613", que era lo único que podría comprometerlos, y porque, en tanto que esas "Declaraciones de Salida" se refieren a mercancías con rumbo a Curazao, el comunicado de INTERPOL se contrae a mercaderías con destino a Colombia, circunstancia que plantea la existencia "de dos embarques" y elimina cualquier forma de compenetración y enlace entre esas pruebas.

III.—La sentencia, a su turno, por "apreciación errónea", según ambas demandas, atribuyó a los testimonios de Luis Abel Mogollón, Capitán del aeropuerto de Valledupar, Alejandro Gómez, José Francisco Montero y José María Socarrás, trabajadores de allí, un valor probatorio de que carecen, el cual se produjo como consecuencia de no haberse realizado en torno de ellos la crítica que ordena el artículo 224 del C. de P. Penal, crítica que, sin duda, habría permitido establecer su ninguna credibilidad, y porque, con violación del artículo 272 del mismo estatuto, fueron acogidas como pruebas del cuerpo del delito, cuando, en realidad, ellos nada informan sobre ese particular.

IV.—En la demanda de González se formula el cargo de que, también por "apreciación errónea", en el fallo acusado se asignó a la ampliación de indagatoria del procesado Álvarez un valor que no tiene y de ese modo, incurriendo en la violación del artículo 255 del C. de P. Penal, se sostuvo que allí había hecho confesión del delito, cuando sus asertos, sin excepción, fueron de rechazo.

V.—El fallo, acorde con la tesis de las dos demandas, incurriendo en "gravísimo error de apreciación", dio al avalúo pericial de las mercancías de la pretendida introducción ilícita al país, un valor probatorio que le es ajeno y de esa manera lo acogió como prueba, no obstante carecer de existencia legal, puesto que los peritos que lo produjeron, a más de no haber sido amonestados al recibirles juramento en el acto de su posesión, circunstancia que dejó "viciado de nulidad" el dictamen, obraron, después de recavar en la imposibilidad en que se encontraban para cumplir con su cometido, debido al desconocimiento físico de la mercadería valorable, al margen de su "descripción exacta", de "su naturaleza, de su nacionalidad, posición arancelaria y gravamen" correspondiente, entregando así una peritación "simbólica o análoga", la cual es inadmisible, de acuerdo con los ordenamientos de los artículos 14 del Decreto 188 de 1958 y 13 y 23 del Decreto 2435 de 1953, peritación que, en su errónea estimación, determinó la violación, por indebida aplicación, de los numerales 6º y 8º del artículo 374 del Código de Aduanas y de los ordinales a), d) y e) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940.

VI.—En la demanda de Correa se hace el cargo de que con relación a ese sujeto, la senten-

cia impugnada es violatoria, por "apreciación errónea de la prueba", de los artículos 203, 204 y 205 del C. de P. Penal y, "por aplicación indebida", del artículo 20 del Código Penal, de las numerales 6º y 8º del artículo 374 del Código de Aduanas y de los ordinales a), d) y e) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, violaciones indirectas y directas que, en concepto del recurrente, se acreditan con el solo hecho de observar "que no está estructurado el presunto delito de contrabando" y que, por lo tanto, aquél no puede ser "cómplice de un delito inexistente".

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, acorde con cada uno de los planteamientos de las demandas reseñadas, sostiene que la sentencia acusada, en realidad, "fue dictada sin obrar en el proceso, legalmente producidas, la plena prueba de la infracción y la de que los procesados son responsables de ella", por lo que solicita que se invalide y en su lugar se absuelva a aquellos.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a).—El artículo 21 del Código Civil se limita a consagrar la regla *locus regit actum* respecto "a las solemnidades externas" de los "instrumentos públicos".

b).—El artículo 1758, también del Código Civil, señala qué "instrumento público auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario", texto legal sobre el cual procede recoger esta atinada observación:

"Aunque el artículo 1758 asimila o hace sinónimo el instrumento público del auténtico, es sólo para el efecto de definir; pero no es lo mismo el público que el auténtico; un documento público siempre es auténtico, pero un auténtico no siempre es público. La *autenticidad* se refiere al hecho de haberse otorgado realmente un documento por la persona y la manera que en él se expresa, es decir, a que es cierto que lo firmó y autorizó quien aparece suscribiéndolo o prohijándolo, o que su existencia es cierta. La *publicidad*, como el nombre lo indica, significa que no es ya reservado entre los interesados sino ciertamente otorgado para todos. Es lo mismo en el C. de P. P., artículo 251". (Antonio Rocha, De la Prueba en Derecho, Tercera Edición, págs. 161 y 162).

c).—En la sentencia acusada no aparece que se hubiera atribuído el carácter de instrumento público al mensaje de INTERPOL o a las llamadas "Declaraciones de Salida", hecho que se evidencia a través de la simple lectura de aquella, y entonces, como es de suyo comprensible, no cabe sostener que se hubieran violado los artículos 21 y 1758 del Código Civil en concordancia con los 657 y 658 del Código Judicial y 251 del C. de P. Penal, sobre la base, pretendida en las demandas, de que a esos documentos se les hubiera dado el expresado rango, sacando las consecuencias probatorias consiguientes.

d).—La sentencia, en realidad, se limitó a apreciar el mensaje de INTERPOL y las "Declaraciones de Salida" como documentos ciertos en su origen y contenido, sin entrar a clasificarlos, aspectos en que importa estudiarlos, comenzando por el primero, tarea en que se hace necesario, como exigencia previa, determinar qué es la INTERPOL y cuál es su situación frente al Estado colombiano.

e).—INTERPOL es un organismo policivo internacional al que Colombia está afiliada y al que, en ese carácter, contribuye a sostener con sus dineros públicos, el cual cuenta con una dependencia en el DAS, incorporada a la División de Extranjería, Departamento Administrativo aquél que, por conducto de la referida División, se dirigió a INTERPOL de Panamá, el 15 de noviembre de 1961, en estos términos:

"Urgenos saber si avión *Curtis C-46 HK-613* llegó a aeropuerto Tocumen 3 corrientes 14:00 horas procedente Cartagena con carga empaques fique punto Ignórase destinatario punto Tripulación Gonzalo González Plaza, Hernando Alvarez, Hugo Alberto Correa alojáronse hotel Lux Ciudad Colón punto *Especialmente verificar día. hora itinerario vuelo regreso y carga destino cualquier ciudad colombiana*. punto.—".

La respuesta de INTERPOL en Panamá al marconigrama transcrito, fechada el 15 del citado mes, fue la siguiente:

"Avión *Curtis C-46 HK-613* llegó Panamá día dos noviembre. 8:16 p.m. procedente Cartagena tripulado por Gonzalo González.—Hugo Correa y Hernán Alvarez hospedáronse hotel Lux Ciudad Panamá trajeron carga consistente en diez mil sacos fique para compañía American Latin Ciudad Colón representada por Adalberto Joly Mencionado *avión zarpó día cuatro 10:18 a.m* destino Medellin de acuerdo plan de vuelo *llevando carga consistente cigarrillos y Whisky por valor veintitrés mil dólares*".

f).—El mensaje de INTERPOL, generado en las condiciones que se destacan, particularmente a través de los dos marconigramas que se dejan reproducidos y de lo que se observó en torno al aludido organismo, a solicitud y patrocinio del DAS, donde existe, como hubo de advertirse, una dependencia suya, incorporada a la División de Extranjería del mencionado Departamento Administrativo, constituye, sin duda alguna, un auténtico informe policivo, cuya fuerza probatoria, teniendo en cuenta la respetabilidad de las dos entidades que intervinieron para su producción, es incontrastable, segura y eficaz.

g).—En cuanto a las cinco "Declaraciones de Salida" que obran en autos, referidas, cuatro de ellas, a las mercancías sobre que se proclama la consumación del contrabando y la otra, al cargamento de los 10.000 "sacos vacíos para empaque", ha de observarse que fueron introducidas al proceso en fotocopias autenticadas, según se desprende de la anotación, sello y firma responsable que cada una de ellas exhibe en su propio cuerpo.

h).—Esas "Declaraciones de Salida" comprometen a los acusados porque se refieren, como el mensaje de INTERPOL, al avión Curtis C-46 HK-613 y entonces, según es de suyo comprensible, carece de interés el hecho de que ninguna ofrezca la firma de aquellos, salvo que se pretenda que esa aeronave, entre el 2 y el 4 del predicho noviembre, tuvo una tripulación distinta y también que viajó primero a Curazao y luego a Colombia, cuestión que, en cada uno de sus dos aspectos, contraría las propias manifestaciones de los procesados.

i).—El avión Curtis C-46 HK-613, conforme está probado y lo aceptan los mismos González, Correa y Alvarez, salió del aeropuerto de Tocumén, en Panamá, a las 10 y 20 de la mañana del 4 de noviembre y llegó a Cúcuta, como también está probado y lo reconocen aquellos, al cabo de 3 horas y 41 minutos, vale decir, a las 2 y 01 de la tarde, tiempo dentro del cual era físicamente imposible que pudiera, a su vez, volar a Curazao, entregar allí las mercancías con que decoló de Tocumén, regresar a la ruta de su destino y presentarse a la citada ciudad colombiana exactamente a la hora que se deja puntualizada.

j).—Descartado el viaje de la nave en cuestión a Curazao, se hace necesario aceptar, como consecuencia lógica, que de Tocumén, con las mercancías indicadas en el mensaje de INTERPOL y en las "Declaraciones de Salida", emprendió viaje directo hacia Colombia, hecho que confirman, en sus respectivos testimonios, José Abel Mogollón, Alejandro Gómez, José Francisco Montero y José María Socarrás cuando, de manera clara y concreta, manifiestan, sin contradicción ni reticencia alguna, que aquel avión, determinado por todos ellos a través del número de su matrícula, resaltado y ostensible, correspondiente, como varias veces se ha repetido, a HK-613, aterrizó, el propio día de su regreso al país, "*a eso de la 1 de la tarde*", en el aeropuerto de Valledupar, donde descargó unas cajas, "medianas" las unas, y "grandes", las otras, reanudando luego su vuelo para llegar a Cúcuta desocupado, las cuales no podían ser sino las de las mercaderías con que salió de Tocumén, cajas que fueron transbordadas a dos camiones que irrumpieron en forma violenta en el campo, precisamente en los instantes en que la nave hizo su descenso, y que se las llevaron con destino desconocido.

k).—El procesado Alvarez, dentro de la ampliación de indagatoria del 5 de diciembre de 1961, fue interrogado así, en cuanto a lo que importa de esa diligencia:

"Sostuvo usted en su pasada indagatoria que el cuatro de noviembre en el avión HK-613 efectuaron vuelo directo y sin carga alguna entre Panamá y Cúcuta. Pero en los autos han llegado una serie de informaciones de diversas fuentes, ya de la Interpol de Panamá, ya de la Interpol y Das en Colombia, ya de la Segunda Brigada de Barranquilla, ya de la Aeronáutica Civil Colombiana, de que el avión sí salió con carga de cigarrillos, whisky y radios de Panamá hacia Colombia y efectivamente hizo aterrizaje en Valledupar donde descargó esas cajas, cosas que dizque ciertas personas pueden atestiguar. Y entre todas esas informaciones sobre traída de carga desde Panamá, se encuentran las fotocopias de los documentos de folios 129 a 133 que se le ponen de presente, documentos que por otra parte dan cuenta de que el avión HK-613, sí cargó en Panamá y salió con destino hacia el Puerto de Curazao y no hacia Cúcuta. Frente a lo dicho por usted y ante los datos que se le han dado a conocer y con examen de los documentos mencionados, qué explicaciones pudiera dar al respecto?

La contestación de Alvarez a la pregunta que se reproduce fue de este tenor:

"En cuanto a mi declaración anterior continúo en lo dicho, o mejor dicho ratifico que el

vuelo entre Panamá y Cúcuta no contempló ninguna escala; en cuanto a los documentos que me dieron a conocer en esta declaración los ignoro por completo, pues es el caso de que toda mercancía que sale del bon, o zona libre para ser embarcada en un buque o avión debe llevar la firma del Comandante de la misma nave o aeronave en que se responsabiliza en que dicha carga a él entregada va a ser realmente sacada del territorio donde está operando dicha zona libre y en estos papeles no figura firma ninguna ni del Capitán González ni del Capitán Alvarez, ni aún del señor Hugo Correa que en un momento dado no estando los tripulantes, piloto y copiloto, podía haber firmado como recibida dicha carga. En consecuencia, yo diría que el avión 613 no fue cargado sino que pudo haber sido cargado a espaldas nuestras aprovechando que dicho avión estuvo en la ciudad de Panamá Aeropuerto de Tocumén durante todo el día tres de noviembre, pues es caso muy común de que mercancía que se encuentre en "bon" la saquen de éste, valiéndose de este u otros medios, pues en el caso concreto de nuestro vuelo Panamá-Cúcuta el zarpe de dicho vuelo figura sin carga, zarpe que fue entregado a las Autoridades Aduaneras de Cúcuta a nuestra llegada a dicha ciudad".

l). La sentencia acusada, en presencia de los hechos comentados, sin perder su fuerza, pudo haber prescindido de cuanto manifestó Alvarez en la respuesta que se acaba de transcribir, aunque ello, como es obvio, no significa que, al considerarla, se hubiera incurrido en "apreciación errónea", ya que admitir que el avión pudo ser *cargado*, a más de menoscabar seriamente la solidez de su negativa respecto a la consumación del delito de contrabando, se tradujo en algo que vino a comprometerlo a él y, como consecuencia, a los otros dos miembros de la tripulación, puesto que una contestación de esa índole en manera alguna corresponde a persona absolutamente segura de su inocencia.

m).—La cuantía de un delito, determinable a través del valor de los objetos sobre que haya recaído, no es, como se pretende en la demanda (de Correa), elemento estructural de ese delito, sino un factor que en algunos, como en aquellos que afectan al patrimonio, sirven para determinar la competencia y graduar la pena, y en otros, como en el peculado y el contrabando, para únicamente graduar la pena.

n).—El artículo 17 del Decreto 188 de 1958 prescribe que en los procesos por los delitos de contrabando son aplicables las normas establecidas por los códigos Penal y de Procedimiento Penal, siempre que no fueren incompatibles con el procedimiento aduanero, lo que quiere decir que en el caso de autos, en orden a no observarse incompatibilidad, era aplicable el artículo 314 del C. de P. Penal donde se dispone que si "las cosas materia de la infracción" no "fueren habidas", se "establecerá su valor por cualquiera de los medios probatorios adecuados".

ñ).—El valor de las mercancías extranjeras, introducidas al país en el avión Curtis C-46 HK-613, acorde con las normas legales indicadas podía determinarse y ha debido determinarse, por medio de los datos y precios que aparecen en el mensaje de INTERPOL y en las "Declaraciones de Salida", a efecto de tener como cuantía del contrabando incriminado la cantidad de más de US$ 23.000.00, que es lo que se señalan en esos documentos y, por lo tanto, en más de $ 200.000.00, teniendo en cuenta el tipo de cambio que regía en la época, verificable sin intervención de peritos.

o).—En estos términos, apenas elementales, fácilmente se comprende que el avalúo pericial que con tanta acerbia se critica en las demandas corresponde a una pieza absolutamente secundaria, de la que el fallo acusado podía prescindir, precisamente porque ni siquiera era necesario que se produjera.

p).—No sobra, sin embargo, observar que los peritos que se designaron para el justiprecio que obra en autos, fijado en $ 208.000.00, según el acta de su posesión, fueron juramentados, circunstancia que hace presumir que se les amonestó en la forma señalada por el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal y, además, que cumplieron su misión "con base en la experiencia adquirida en innumerables avalúos practicados" por ellos respecto de mercancías de la misma naturaleza de la sometida a su consideración en función de datos concretos.

q).—Importa también anotar que el avalúo pericial, llamado "*sui generis*, dentro de un proceso *sui generis*" en la demanda de González y que debe estar sometido a los requisitos de los artículos 14 del Decreto 188 de 1958 y 13 y 23 del Decreto 2435 de 1953, es aquel que puede hacerse sobre la base de que las mercancías "*fueren habidas*", como que de otra manera los remates, eje y presupuesto de esas disposiciones, no podrían operar.

r).—Correa, dentro de la sentencia acusada, fue colocado en un grado de responsabilidad in-

ferior al que le correspondía, toda vez que sin su cooperación, ayuda y previo acuerdo con sus compañeros de tripulación, en manera alguna habría podido consumarse el contrabando, situación que, sin embargo, no puede ser modificada, teniendo en cuenta que aquel sujeto es recurrente y que, por lo tanto, según reiterada jurisprudencia de la Corte, no cabe *reformatio in pejus*.

s).—En suma, pues, los cargos formulados a la sentencia acusada al amparo del motivo de impugnación previsto en el ordinal 1º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, con base en supuesta apreciación errónea de pruebas, carecen de eficacia y, por lo mismo, la causal en cuestión, en cuanto a ese aspecto, no puede prosperar.

t).—Es claro que, no prosperando la especificada causal de casación en orden a violación indirecta de la ley, vale decir, por apreciación errónea de pruebas, tampoco puede prosperar en razón de violación directa y consecuente, como se plantea en las demandas, de los numerales 6º y 8º del artículo 374 del Código de Aduanas y de los ordinales a), d) y e) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, lo mismo que del artículo 20 del Código Penal.

u).—La muerte de Hernando Alvarez Vélez se encuentra comprobada mediante la respectiva partida de defunción, incorporada al proceso, circunstancia que obliga, acorde con lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal, a que se declare extinguida la acción penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación que interpusieron los procesados Gonzalo González Plazas y Hugo Alberto Correa Correa contra la sentencia del 31 de julio del año próximo pasado, mediante la cual el Tribunal Superior de Aduanas los condenó, como responsables del delito de contrabando, el primero, a la pena principal de "CUATRO AÑOS DE PRISION", y, el segundo, a la de "TRES AÑOS DE PRISION", y *DECLARA* extinguida la acción penal, respecto del mismo delito y con relación al procesado Hernando Alvarez Vélez, por hallarse debidamente acreditado su fallecimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

NULIDAD ADUCIDA EN LA DEMANDA A TRAVES DE SUPUESTA VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.—CONSULTA DE SOBRESEIMIENTOS DECRETADOS EN EL AUTO DE PROCEDER.

Invocación de la causal 4ª de casación prevista en el ord. 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

1.—La jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Carta, tiene aceptado "que cuando se priva al procesado del derecho de defensa, en virtud de violaciones de orden procesal, o cuando se desampara a la sociedad, por iguales razones, se está frente a una nulidad supralegal o de carácter constitucional".

2.—La ejecutoria del auto de proceder, no está subordinada, acorde con lo dispuesto en el artículo 430 del C. de P. Penal, a que se surta la consulta de los sobreseimientos decretados en el mismo proveído de la vocación a juicio.

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

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 5 de octubre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez condenó a ARMANDO TELLEZ BARBOSA, como responsable del delito de homicidio en Vicente Ferrer Velasco, a la pena de "QUINCE AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION:

La tarde del 29 de mayo de 1960, en el sitio de "Agua Blanca", dentro del Corregimiento de Florián, en el Municipio de Jesús María, Armando Téllez causó la muerte de Vicente Ferrer Velasco, mediante un disparo de revólver que le hizo, determinado por motivo sin importancia y tomando a su víctima en condiciones de indefensión.

En razón de este hecho, calificado de homicidio en la denominación de asesinato, el Juzgado 3º Superior del Socorro, conforme a auto del 3 de junio de 1964, abrió causa criminal contra el predicho Armando Téllez, providencia que se ejecutorió en la propia instancia y en la que, además, se sobreseyó, en forma definitiva y por el mismo delito, a favor de Jorge Eliécer Téllez, ordenando la consulta de esa determinación, la cual sólo vino a surtirse culminado el juicio.

Ese mismo Juzgado, celebrada la audiencia pública y obtenido el veredicto del Jurado, con fundamento en el mismo, en sentencia del 25 de febrero del año pasado, condenó al procesado Téllez a la pena de quince años de presidio y a las debidas accesorias, fallo que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez, a donde pasó el asunto de acuerdo con la nueva distribución judicial, confirmó en el suyo del 5 de octubre, también del citado año, impartiendo, a su vez, confirmación al sobreseimiento pendiente, referido, como se dejó advertido, a Jorge Eliécer Téllez.

LA DEMANDA DE CASACION:

La demanda invoca como causal de casación la prevista en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada fue proferida "en un juicio viciado de nulidad", puesto que el juzgamiento del procesado Téllez se realizó sin el lleno de las formas que le correspondían, expresamente garantizadas en el artículo 26 de la

Constitución Nacional, tesis que ensaya demostrar, diciendo que el hecho de haber pretermitido la consulta oportuna del sobreseimiento que se dispuso en el propio auto en que se llamó a juicio al mencionado sujeto, impidió la ejecutoria de ese enjuiciamiento y de ese modo vino a expedirse aquel fallo de condena sin que se hubiera efectuado la "completa calificación del sumario", vale decir, dentro de condiciones tales que no era permitido "hablar de sumario concluído ni de juicio comenzado".

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, como conclusión de su cuidadoso estudio de la demanda, llevado a cabo en consideración a la causal invocada y al planteamiento formulado en ella, solicita que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a).—La jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Carta, tiene aceptado "que cuando se priva al procesado del derecho de defensa, en virtud de violaciones de orden procesal, o cuando se desampara a la sociedad, por iguales razones, se está frente a una nulidad supralegal o de carácter constitucional".

b). La nulidad aducida en la demanda a través de supuesta violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, no se funda en menoscabo alguno del derecho de defensa, ni en nada que hubiera dejado en desamparo a la sociedad.

c).—La ejecutoria del auto de proceder, (por lo demás), no está subordinada, acorde con lo dispuesto en el artículo 430 del C. de P. Penal, a que se surta la consulta de los sobreseimientos decretados en el mismo proveído de la vocación a juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *DESECHA* el recurso de casación interpuesto por el procesado Armando Téllez contra el fallo expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

1.—Para la calificación de la delincuencia habitual —que a su vez haga imperativa la aplicación de la medida accesoria de relegación— es menester que en el proceso se haya demostrado además de la existencia mínima de dos condenaciones anteriores, que se presente en el agente "una tendencia persistente al delito, calificación a la cual sólo se puede llegar mediante el examen y el cumplimiento de los requisitos o presupuestos que dicha norma contempla, a saber, según los ha puntualizado esta Sala de la Corte (T.XC. pág. 791): 1º Naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, indicio de habitualidad al delito que debe inferirse del estudio del delito sub-judice y de los cometidos y sancionados dentro de los diez años anteriores; 2º Motivos determinantes, que también pueden y deben ser índice de la verdadera peligrosidad del agente; 3º Condiciones personales del procesado, los cuales, "de acuerdo con lo que el mismo Código de Procedimiento Penal dispone en los ordinales 5º y 7º del artículo 294, son los que caracterizan la personalidad del procesado al tiempo del sumario, y, sus condiciones de vida individual, familiar y social, factores éstos que debidamente acreditados en los procesos, son los más adecuados para resolver con acierto sobre la sanción accesoria de relegación".

A este último respecto ha dicho la Corte (T.LXXIX, pág. 803) que "la apreciación subjetiva de las condiciones personales del procesado para determinar si es acreedor o no a la pena de que trata el inciso 2º del artículo 34 del Código Penal corresponde directamente a los jueces de instancia, como que constituye uno de sus más preciosos deberes el conocimiento de la persona juzgada. Luégo el averiguar si, por ejemplo, el género de vida del infractor revela una tendencia persistente al delito es problema que por lo general escapa al recurso extraordinario que ante la Corte se decide."

Para que proceda el fallo de habitualidad y éste sea justo debe someterse a los requisitos establecidos por la ley a fin de que sobre ellos pueda imponerse la pena accesoria de relegación a una colonia penal.

2.—La simple enunciación del cargo, sin haberlo fundamentado, equivale a no haberlo demostrado, por una parte, y, de otro lado, que la falta de un completo estudio e análisis de la personalidad del procesado, más debe entenderse como una censura y no como un cargo a la sentencia.

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

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

Procede esta Sala de la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yolombó contra la sentencia de 27 de noviembre del pasado año, por medio de la cual dicha entidad condenó a LEANDRO DE JESUS PEREZ CORTES, como responsable del delito de lesiones personales en Amada Nelly Ramírez Zapata, a la pena principal de tres años y nueve meses de presidio y, además, a las correspondientes sanciones accesorias.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

La Sala, en cuanto a la relación de los primeros, acoge la presentada en la referida sentencia por estar acorde con la verdad procesal. Reza así:

"Por la época del evento delictuoso —julio 14 de 1964— el sindicado y la ofendida sostenían relaciones extra-maritales. Advirtió el mancebo que su hembra estaba manchillando la fidelidad y la tarde de esta fecha, luégo de otorgarle un permiso para solicitar trabajo fuera del área urbana de Segovia, entró en celos y como demorara el regreso se dio a la tarea de esperarla en sitio estratégico.

"Confirmada la sospecha, apenas la Ramírez Zapata se bajó de un vehículo en la plaza, el encartado Pérez la introdujo en un callejón y tras indagarla por sus andanzas en compañía de Al-

varo Hernández, luégo de hacerla desvestir, la golpeó en el rostro. Fue tan intensa la pasión que de la furia no se escaparon algunos objetos que portaba la ofendida, pues el procesado la despojó de ellos y los destruyó, según relato de la instructiva.

"Internada en el hospital de caridad, más o menos a las cinco de la tarde, hasta ese lugar se trasladó furtivamente el sindicado Pérez Cortés y a eso de las once de la noche, cuando su concubina dormía, le asestó una puñalada en la región torácica, a nivel del tercer espacio intercostal".

A la ofendida se le fijó una incapacidad de noventa días y como secuela una alteración de la función respiratoria por fibrosis pulmonar.

El mérito de la investigación se calificó en auto de 2 de diciembre de 1964, en virtud del cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia llamó a responder en juicio criminal al predicho Pérez Cortés, por el delito de "Lesiones Personales". Después, en fallo proferido por ese mismo Juzgado el 25 de marzo de 1965, se condenó al procesado a la pena principal de cuatro años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, sentencia que el Tribunal Superior de Yolombó reformó en los términos ya antes indicados.

LA DEMANDA

En la demanda materia de este recurso, formulada de acuerdo con las exigencias legales por el Fiscal del Tribunal Superior de anterior mención, invoca dicho funcionario la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964.

Al amparo de esta causal, el Fiscal recurrente dice en forma textual:

"*Octavo.*—En la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Yolombó se destacan los siguientes párrafos: 'De manera que la personalidad de este infractor y la circunstancia de mayor peligrosidad anotada, no permiten aplicarle el mínimo de la sanción del artículo 374 —inciso 1º— del C. P. Así, dentro del límite de dos (2) y cinco (5) años de presidio, la Sala estima que su delincuencia queda bien reprimida con dos años y medio de presidio y con multa por valor de doscientos cincuenta pesos m. l. ($ 250.00). Estas penas serán dobladas puesto que el procesado había reincidido por dos veces con anterioridad al hecho que se juzga (art. 34 del C. P.). De modo que debe purgar tres años (3) y nueve (9) meses de presidio y multa por valor de quinientos pesos m.l. ($ 500.00)'.

"Pues bien: Si la Sala del H. Tribunal Superior de Yolombó en el párrafo preanterior, quiso decir que debía duplicar la pena de dos años y medio, ello le daría cinco años. Y no obstante la sentencia en la parte resolutiva condenó al reo a tres años y nueve meses que son mucho inferior a cinco años. Y si lo que quiso con eso fue darle aplicación al art. 34 del C. P., aumentando una tercera parte para la primera reincidencia y la mitad para la segunda reincidencia, ello daría una cuenta de cincuenta y cinco meses (55) o sea cuatro (4) años y siete (7) meses y por ninguna parte se puede llegar a la cifra del H. Tribunal que en vez de aplicar la pena con la precisión de la medida del art. 374 del C. P. la rebaja, violando, pues, en esa forma, lo dispuesto en el artículo 34 del C. P.

"*Noveno.*—Pero dentro de la sentencia del H. Tribunal existe otro concepto más gravoso y violatorio del art. 34 del C. P. cuando la H. Sala se expresa así: 'La sala no puede atender la solicitud de la Fiscalía cuando impetra que se ordene la relegación a colonia agrícola del reo. Esta sanción es viable cuando la naturaleza y modalidades del hecho cometido, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demuestren en él una inclinación persistente al delito'.

"... No habrá inclinación persistente al delito después de coger a su víctima en el día, golpearla, dejarle el rostro amoratado como un cristo, los ojos casi perdidos, y luego buscarla de noche, en una casa de salud, violentar la vigilancia y llegarse hasta donde estaba dormida su víctima para acometerla a golpes de puñal? Y si eso no se llama inclinación persistente al delito, cuál es la persistencia al delito?

"En ese párrafo transcrito, de la sentencia del H. Tribunal Superior de Yolombó, se ve una clara violación del art. 34 del C. P. por interpretación errónea lo que es motivo suficiente de casación".

El Fiscal recurrente, con invocación de la causal de casación antes referida, o sea, por estimar que la sentencia acusada viola la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma (artículos 34 y 37 del Código Penal), solicita se case el fallo impugnado y, en

su lugar, proceda esta Sala de la Corte a dictar el que debe reemplazarlo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con ocasión del traslado previsto por el artículo 3º del Decreto Legislativo número 1154 de 1954, implora en el escrito en que lo descorre la nulidad del juicio por error en cuanto a la denominación jurídica del delito y también, como consecuencia de ese pronunciamiento, la de incompetencia de jurisdicción, causal de casación que alega al tenor de lo dispuesto en el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal. Por tal razón estima el distinguido colaborador Fiscal que, al prosperar aquélla, "es inútil revisar la causal propuesta por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Yolombó".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a) Con fundamento en el primero y ya anotado motivo de impugnación, sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal es violatoria, por indebida aplicación, del inciso 1º del artículo 34 del Código Penal, tesis que sustenta en razones antes transcritas en lo pertinente.

SE CONSIDERA.

El cargo es inane. La norma en referencia de tal estatuto legal es clara y la individualización de la condena, en el caso sub-examine, se ha hecho de conformidad con los principios rectores que informan esa disposición, la cual preceptúa: "El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a ésta corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de efectuada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble.

Y, en efecto, la función individualizadora en mención se llevó a cabo por el juzgador de segunda instancia de la siguiente manera:

Como la norma aplicable, respecto de este delito de lesiones personales, era el inciso 1º del artículo 374 del Código Penal, disposición que contempla un mínimo de dos años de presidio y un máximo de cinco, aquella pena mínima, por concurrir circunstancias de mayor peligrosidad, se intensificó por el Tribunal de Yolombó en seis meses, obteniéndose así un cómputo básico de dos años y medio de presidio. Lo anterior no lo objeta el recurrente.

Luego, el fallador, teniendo en cuenta la pena básica así fijada (treinta meses de presidio), entró a computar nuevo aumento, por razón de "que el procesado había reincidido por dos veces con anterioridad al hecho que se juzga", aumento que determinó en quince meses más, mediante la aplicación del inciso 1º del artículo 34 del C. Penal. La labor de individualización de la pena, al verificarse este segundo cómputo, quedó así agotada, y el juzgador de segunda instancia la cumplió debidamente puesto que la condena se fijó en tres años y nueve meses de presidio, o sea, cuarenta y cinco meses. Y si bien el fallo aludió de paso a que la pena básica debía ser doblada en razón de ser el procesado reincidente por segunda vez, es lo cierto que, al dosificarla, fijó la cuantía del aumento que, por este concepto correspondía, conforme a lo previsto en el precitado artículo 34 del C. Penal, o sea, aumentando la pena básica "en la mitad para las demás" reincidencias. La multa se elevó al doble de acuerdo con dicho precepto.

Por lo tanto, al proceder en esa forma el fallador de segundo grado se ajustó en la dosificación al aumento de pena que claramente regula y limita la norma penal antes mencionada.

b) También, en relación con la causal primera y por ser la sentencia violatoria de la ley penal por aplicación indebida o interpretación errónea de la misma, el recurrente alega como motivo de casación el de que no se hubiera impuesto al procesado la pena accesoria de relegación conforme al inciso 2º del artículo 34 del C. Penal, no obstante advertirse en aquél una tendencia persistente al delito.

SE OBSERVA

Reza la precitada norma en lo atinente: "Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola-penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito".

Del contenido de dicho precepto se sigue que para la calificación de la delincuencia habitual

—que a su vez haga imperativa la aplicación de la medida accesoria de relegación es menester que en el proceso se haya demostrado además de la existencia mínima de dos condenaciones anteriores, que se presente en el agente "una tendencia persistente al delito, calificación a la cual sólo se puede llegar mediante el examen y el cumplimiento de los requisitos o presupuestos que dicha norma contempla, a saber, según los ha puntualizado esta Sala de la Corte (T. XC, pág. 791): 1º Naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, indicio de habitualidad al delito que debe inferirse del estudio del delito subjudice y de los cometidos y sancionados dentro de los diez años anteriores; 2º Motivos determinantes, que también pueden y deben ser índice de la verdadera peligrosidad del agente; 3º Condiciones personales del procesado, las cuales, "de acuerdo con lo que el mismo Código de Procedimiento Penal dispone en los ordinales 5º y 7º del artículo 294, son los que caracterizan la personalidad del procesado al tiempo del sumario, y, sus condiciones de vida individual, familiar y social, factores éstos que debidamente acreditados en los procesos, son los más adecuados para resolver con acierto sobre la sanción accesoria de relegación".

A este último respecto ha dicho la Corte (T. LXXIX, pág. 602) que "la apreciación subjetiva de las condiciones personales del procesado para determinar si es acreedor o no a la pena de que trata el inciso 2º del artículo 34 del Código Penal corresponde directamente a los jueces de instancia, como que constituye uno de sus más preciosos deberes el conocimiento de la persona juzgada. Luego el averiguar si, por ejemplo, el género de vida del infractor revela una tendencia persistente al delito es problema que por lo general escapa al recurso extraordinario que ante la Corte se decide".

El Fiscal recurrente en su demanda considera que la no imposición de la pena de relegación por el fallador de segunda instancia, revela "una clara violación del artículo 34 del C. P. por interpretación errónea", porque no se tuvieron en cuenta los motivos determinantes del delito y las condiciones personales del procesado. A lo cual debe decirse que la simple enunciación del cargo, sin haberlo fundamentado, equivale a no haberlo demostrado, por una parte, y, de otro lado, que la falta de un completo estudio o análisis de la personalidad del procesado, más debe entenderse como una censura y no como un cargo a la sentencia. Además, según lo expuesto anteriormente, se reitera que ésta es una cuestión que por lo general escapa al recurso de casación, fuera de que para que proceda el fallo de habitualidad y éste sea justo debe someterse a los requisitos establecidos por la ley a fin de que sobre ellos pueda imponerse la pena accesoria de relegación a una colonia penal.

Finalmente, se observa que estando enmarcado el recurso de casación por las causales en que la fundamenta en su demanda el Fiscal recurrente, las cuales fueron ya examinadas, resulta que el escrito del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, recibido con ocasión del traslado previsto en el artículo 3º del Decreto Legislativo número 1154 de 1954, en el cual implora la nulidad del juicio por error en cuanto a la denominación jurídica del delito y también la consiguiente de incompetencia de jurisdicción, para que se decidan con preferencia a la causal propuesta por el Fiscal del Tribunal Superior de Yolombó, resulta —se repite— que aquella ampliación de la demanda con las finalidades y alcance en que viene formulada no puede prosperar, porque, como es obvio, ella se fundamenta en causales de impugnación del fallo recurrido que, al cambiar en esa forma las de la inicial demanda, quedan fuera del ámbito a que se contrae la sujeta materia del recurso.

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 fiscal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia ameritada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

INFUNDADA ACUSACION AL FALLO DEL TRIBUNAL AD-QUEM POR INDEBIDA APLICACION DEL NUMERAL 4º DEL ARTICULO 404 DEL CODIGO DE LAS PENAS

Causal de casación consagrada en el artículo 1º del Decreto número 528 de 1964.

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

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

Sobre la base de los antecedentes de hecho y procesales que en seguida se precisan, pasa la Corte, por haber llegado la oportunidad, a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Marco Tulio Bonilla contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali de fecha cuatro (4) de febrero del año que corre y mediante la cual se condenó al susodicho Bonilla a la pena principal de seis (6) años y un (1) mes de presidio y a las accesorias de rigor, como autor del delito de robo en perjuicio de Josué Bermúdez.

I.—El diez (10) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), en la calle 25 con la carrera 23 de la ciudad de Cali, un sujeto —que resultó ser Marco Tulio Bonilla— tumbó de la bicicleta en que andaba, a Josué Bermúdez, lo encuelló mientras dos sujetos lo despojaron del aludido vehículo, del reloj y de las gafas y huyeron llevándose dichos objetos.

II.—Tramitado el proceso, por cierto con graves irregularidades que no fueron alegadas en Casación, el Juzgado Primero Penal Municipal condenó al indiciado, por fallo de cinco (5) de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), a la pena de veintiséis (26) meses de prisión, aplicando el art. 2º de la Ley 4ª de 1943 en relación con el art. 1º del Decreto 2184 de 1951. Aumentó el mínimo, que es de dos años, en dos meses, por haberse cometido el hecho en las horas de la noche, a cuyo respecto citó el numeral 4º del art. 398 del Código Penal.

III.—El Tribunal, en la parte narrativa de los hechos dijo que Bonilla fue uno de los sujetos que puso al ofendido en "imposibilidad de obrar" (fs. 58) y en la considerativa expresó que el art. 404 del Código Penal era la disposición aplicable "por cuanto el ofendido fue puesto en imposibilidad de obrar, intimidado por un cuchillo y con la asesoría de dos sujetos mientras Bonilla lo encuellaba".

De conformidad con esta tesis, fijó el mínimo en seis años de prisión que aumentó en dos meses. Dijo, al efecto:

"Finalmente, como Bonilla obró con la complicidad de otro previamente concertada aparece la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal. De este análisis resulta una pena de seis (6) años y un (1) mes de presidio que es la que se enunciará en la parte resolutiva".

Agregó, en consecuencia, a las accesorias, la pérdida de la patria potestad, y dijo que las accesorias se entenderán aplicadas por el período igual al de la pena principal.

IV.—La demanda de casación invoca la causal consagrada en el artículo 1º del Decreto 528 de 1964.

Dice que la norma sustantiva indebidamente aplicada fue el artículo 404 del Código de las Penas, en su numeral 4º, "a lo cual llegó el ad-quem por apreciación errónea de la prueba que obra en autos".

Para sustentar esta aseveración, toma, de la sentencia, los párrafos transcritos y escribe:

"Unico testigo presencial de los hechos lo fue el señor Oscar Guerrero, quien dice en su declaración que vio cuando 'un moreno' tenía 'apretado de la garganta' a Josué Bermúdez, y a otros

dos sujetos que lo despojaban de sus pertenencias. A su vez el ofendido y denunciante afirma que fue abordado por Bonilla quien lo derribó de la bicicleta que montaba, y que mientras lo asía fuertemente por el cuello esgrimía un cuchillo o navaja.

"Concuerdan las afirmaciones de Guerrero y Bermúdez en la circunstancia de haber sido objeto éste de la agresión física por parte del procesado, y de ser asido por el cuello, pero discrepan en la existencia de un arma en manos de Marco Tulio Bonilla. Ni el investigador o instructor, ni el fallador de primera instancia, ni el procesado y su defensor solicitaron contrainterrogatorios o los decretaron respecto al testigo para aclarar la existencia del arma en el momento en que se ejercitaba la violencia sobre el ofendido, ni fue decretado y practicado careo entre testigo y denunciante, de oficio o a solicitud de parte, para aclarar dicha importantísima característica, pues los funcionarios quedan satisfechos con los elementos probatorios suficientes para dictar auto de detención y de proceder, olvidando el artículo 295 del C. de P. Penal, coadyuvando a esta situación la falta de interés del abogado defensor que aunque de oficio debiera tener más cuidado, más responsabilidad del cargo para el que fuera nombrado.

"El valor probatorio que se da al dicho del ofendido es excesivo: la Corte Suprema de Justicia en reiteradas jurisprudencias ha sostenido la tesis que, el ofendido víctima del delito, es digno de crédito en cuanto a la identificación que hace del que afirma ser el autor del delito, y esto para ciertos reatos, pero en cuanto a las circunstancias, en que los hechos o el hecho se produjeron o produjo, es necesario buscar en la prueba testimonial, indiciaria o pericial si fuere del caso, la comprobación del relato del sujeto pasivo del reato, pues voluntariamente puede deformar o deforma los hechos para volver más gravosa la situación de quien es blanco de su enojo; por ello, el testimonio de Bermúdez en cuanto a la existencia de un arma blanca 'cuchillo o navaja' como lo afirma dubitativamente en la diligencia de careo con el procesado, no es creíble, es errónea la apreciación crítológica de este testimonio en cuanto a este punto se refiere, porque el testigo Guerrero, que estuvo cerca del lugar en donde se consumaba el robo, nada dice al respecto, no corrobora la afirmación de Bermúdez, lo que hubiera hecho si en realidad el arma hubiera sido esgrimida, pues de su testimonio se deduce haber percibido en forma tan clara lo sucedido, que posteriormente pudo reconocer en rueda de presos a quien representó.

"Elemento constitutivo del delito de robo es la violencia a las personas o a las cosas. No cabe duda alguna de que mi patrocinado ejerció o ejecutó actos de violencia física contra Josué Bermúdez, pero en su obrar solamente está demostrado probatoriamente el hecho de haberlo 'encuellado', es decir haber puesto una o sus dos manos sobre la garganta de aquél, porque tampoco se esclareció en el sumario o en el denominado plenario, si la acción física que ejercía Bonilla sobre la garganta o cuello de la víctima del robo, se hizo con una o con las dos manos, y no es que pretenda exagerar en la apreciación minuciosa de los hechos, porque de la existencia concretamente probada en forma plena de estas circunstancias, se puede o no predicar la imposibilidad en el obrar, como elemento calificativo y agravante del delito de robo.

"El numeral 4º del artículo 404 del Código Penal dice: 'Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, *o las ponga en imposibilidad de obrar*', siendo la última disyuntiva del transcrito numeral la aplicada por el H. Tribunal de Cali por medio de su Sala Penal, para reformar la sentencia de primera instancia, Imposibilidad es lo mismo que: 'dificultad invencible', y para el caso *reducir a impotencia a una persona*. La parte final del citado numeral del artículo citado es la equivalente a las otras situaciones allí planteadas como maniatar o amordazar, cuyo común denominador consiste o es la incapacidad física de tipo absoluto y temporal para poder defender los bienes; no se trata pues de una imposibilidad de tipo subjetivo sino objetivo, de una situación en la cual el agente delictivo consigue inmovilizar a la víctima en tal forma que *no podría o no puede* defender sus bienes propios o ajenos.

"Es por consiguiente jurídicamente inaceptable la apreciación subjetivista de la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Cali, al afirmar que Josué Bermúdez estaba en imposibilidad de obrar, pues si este derrotero se siguiera, también habría que hacer subjetivismo acerca del propósito de Marco Tulio Bonilla, al ejercitar la violencia".

V.—El señor Procurador acepta los planteamientos de la acusación y propone a la Corte que case parcialmente el fallo y dicte el que deba reemplazarlo.

Y ésta considera:

El punto que se discute, para la aplicación de una u otra preceptuación (la que tuvo en cuenta el Juzgado o la que informó la sentencia recurrida) es el de la imposibilidad de obrar en que estuvo el ofendido Bermúdez.

Ahora bien, la imposibilidad referida la dedujo el Tribunal, como se vio de los párrafos transcritos, de la amenaza con cuchillo y del encuellamiento, por Bonilla, de la víctima del robo, mientras dos sujetos coadyuvaban, con su acción y presencia en la noche, a la consumación de aquél.

No analizó el Tribunal, es cierto, con la discriminación necesaria, las probanzas en que basa las diversas aseveraciones relativas a las circunstancias que produjeron la imposibilidad de obrar. Porque unos son los elementos que acreditan, con certeza, la hora del hecho, la concurrencia de otros dos coautores y el encuellamiento —acordes en ellas el ofendido y el testigo presencial— y otras son las bases probatorias relativas a la intimidación por medio del arma.

Pero aunque se admita que a este último respecto la sola declaración del ofendido, vacilante en su segunda y tercera presentación no demuestra tal circunstancia, quedarían las otras, de las cuales pudo deducir la imposibilidad de obrar.

Existe error en la apreciación de la prueba o falta de apreciación de alguna y se ha demostrado que ese error es de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, a consecuencia de lo cual se violó la ley sustancial, que es la causal alegada?

En forma alguna puede colegirse tal motivo de impugnación, pues si hubiese una falta en la sentencia ella procedería de la interpretación errónea de lo probado (encuellamiento nocturno del sujeto pasivo del reato con ayuda definitiva de dos coautores) en cuanto estas circunstancias no precisarán "imposibilidad para obrar".

Y esta causal, que es la comprendida en la parte final del inciso 2º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, no sólo no se alegó sino que tal apreciación del Tribunal no puede tacharse de manifiestamente errónea puesto que la Corte no podría aseverar lo contrario, o sea que el ofendido Bermúdez sí estuvo en posibilidad de intentar una eficaz resistencia.

No prospera, por tanto la causal de impugnación alegada.

Por cuyos motivos, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso ameritado y ordena devolver el negocio al Tribunal de origen para los fines legales.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano, Carlos Delgado Morales, Conjuez.

Francisco López Cruz, Secretario.

VIOLENCIA CARNAL

El acceso carnal, en menor de 14 años, conforme al inciso 2º del artículo 316 del C. P., así tenga el carácter de aceptado, constituye violencia carnal.—Las partidas eclesiásticas son pruebas principales para acreditar hechos de relevancia penal y no del estado civil.

1.—El acceso carnal, en menor de 14 años, conforme al inciso segundo del artículo 316 del Código Penal, así tenga el carácter de aceptado, constituye violencia carnal, cuestión que se explica, porque el consentimiento a ese respecto, como lo sostienen algunos teniendo en cuenta la corta edad del menor y, por lo tanto, la falta de madurez psíquica, carece de validez jurídica, o porque sea necesario, como lo proclaman otros, acordar "la tutela de las personas que no han llegado a la pubertad, con fundamento en la defensa de su seguridad sexual".

2.—"Las actas eclesiásticas sirven de prueba como documentos públicos, asimilados a tales, para acreditar hechos no civiles, sino de relevancia penal" (Sents. 13 Sep. 1957, LXXXVI, pág. 224; 13 noviembre 1959, XCI, pág. 954).

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

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado GERVASIO MARTINEZ PARRA contra la sentencia del 28 de abril del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó lo condenó, como responsable del delito de violencia carnal en la menor María Reyes Mosquera, a la pena de dos años de prisión y accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION:

El 29 de mayo del año próximo pasado, Gervasio Martínez sometió al acceso carnal, dentro de la maleza de los contornos de su propia casa de habitación, ubicada en la fracción de Badanta, en el Municipio de Quibdó, a María Reyes Mosquera, por entonces menor de 14 años.

El Juzgado 2º Penal Municipal de Quibdó en razón del hecho consignado, entendido como "integrante del delito de violencia carnal, mediante auto del 9 de diciembre del año pasado, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, abrió causa criminal contra el predicho Gervasio Martínez y más tarde, surtidos los trámites del juicio, en sentencia del 27 de enero de este año, lo absolvió, fallo que el Tribunal revocó en el suyo del referido 28 de abril para en su lugar condenar al procesado en cuestión, por el indicado delito, a la pena de dos años de prisión y accesorias del caso.

LA DEMANDA DE CASACION

La demanda invoca como causal de casación la prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada es violatoria de la ley, puesto que no apreció el dictamen médico respecto de la edad aparente de la menor Mosquera, ni tampoco la confesión del procesado Martínez, en cuanto pretende que la joven se le entregó "por su espontánea voluntad" y, en cambio, le dio el rango de prueba a la copia de la partida de bautismo de aquella, no obstante ser de origen eclesiástico y el hecho de que "la adecuada" era "la del registro civil". La demanda dice, además, que "otra prueba" de que se prescindió fué de aquella "que consta en el acta de audiencia, sobre petición de que al reo en el caso de ser condenado" se le otorgara "la condena condicional".

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, fundado en el estudio que hace de la demanda, solicita que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a).—La partida de bautismo y el concepto médico coinciden en cuanto a la edad de la joven Mosquera puesto que aquella indica 13 años, 9 meses y 12 días para el día de los hechos, y éste calcula, para esa misma fecha, "una edad aproximada de 14 años". No existe, pues, ninguna discrepancia entre esas pruebas, las cuales establecen, de manera clara y precisa, que la menor Mosquera tenía menos de 14 años cuando fue sometida por Martínez al acceso carnal.

b).—El acceso carnal, en menor de 14 años, conforme al inciso 2º del artículo 316 del Código Penal, así tenga el carácter de aceptado, constituye violencia carnal, cuestión que se explica, porque el consentimiento a ese respecto, como lo sostienen algunos, teniendo en cuenta la corta edad del menor, y, por lo tanto, la falta de madurez psíquica, carece de validez jurídica, o porque sea necesario, como lo proclaman otros, acordar "la tutela de las personas que no han llegado a la pubertad, con fundamento en la defensa de su seguridad sexual".

c).—"Las actas eclesiásticas sirven de prueba como documentos públicos, asimilados a tales, para acreditar hechos no civiles, sino de relevancia penal" Sents. 13 septiembre 1957, LXXXVI, 224; 12 noviembre de 1959, XCI, 954".

d).—Las peticiones, como es obvio, jamás pueden tomarse como prueba.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado GERVASIO MARTINEZ PARRA contra el fallo expresamente determinado en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

CONTRABANDO.—PRUEBA INDICIAL.—ES NECESARIO QUE EL IMPUGNADOR DEMUESTRE LA EVIDENCIA DEL ERROR EN QUE SE FUNDA LA SENTENCIA

Ha dicho la Corte reiteradamente en fallos de casación, en tratándose de la causal aquí examinada (primera del artículo 58 del Decreto Nº 528 de 1964), que pretender oponer el impugnador su propio criterio estimativo al criterio de los Jueces, no conduce a evidenciar el error o la indebida apreciación de los hechos. Y, menos aún, en cuanto se esté en presencia de procesos en los que la convicción o la certeza dimanan de la racional apreciación de la prueba indicial, que el sentenciador valora, dentro de su arbitrio, cualitativa y cuantitativamente, como es propio al sistema legal-moral del procedimiento penal colombiano.

Y para que la causal de casación alegada pueda prosperar en eventos como el que ahora resuelve este recurso, se menester que el impugnador demuestre la evidencia del error en la sentencia, no tratando de oponer a un criterio otro distinto, sino demostrando que esa decisión judicial es claramente equivocada por resultar notorio y ostensible que a los elementos de juicio les atribuyó el fallador de segundo grado un valor probatorio que no tienen, o les negó el que si tienen, ya se refieran esos medios de convicción a la responsabilidad o a la existencia objetiva del ilícito. Y en el presente caso, según ya se advirtiera, no se ha demostrado ese error.

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

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

Se procede a decidir el recurso de casación de que fue objeto la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas el 5 de febrero del pasado año, por medio de la cual condenó a URBANO NIÑO CORREDOR y ELISEO GIL MARTINEZ, como responsables del delito de contrabando, a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, absolvió al sindicado Saúl Monroy Rodríguez y adoptó otras determinaciones. Reformó en tal sentido dicha entidad el fallo dictado por el Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta, datado el 18 de abril de 1963, que había condenado a Eliseo Gil Martínez a tres (3) años de la referida pena y absuelto a los demás procesados. Recurrió en casación el apoderado de Niño Corredor.

HECHOS

Estos vienen narrados, conforme a la verdad procesal, de la siguiente forma en el concepto de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal:

"El día 6 de mayo de 1960, los agentes de la Policía Nacional Jesús Bayardo del Río y Vicente Rodríguez detuvieron en el retén Norte del Municipio de Soatá (Boyacá) el camión de placas número E-65566, modelo 1960, marca Ford F-900, por sospechar que la mercancía que transportaba era de contrabando: asimismo, los citados Agentes capturaron a los ocupantes del vehículo Eliseo Gil, conductor, Urbano Niño, propietario del automotor y Saúl Monroy, pasajero.

"Los Agentes Rodríguez y Grijalba dieron cuenta de la operación cumplida al Sargento Pablo Dulcey, Comandante de la Estación 'Soatá', quien a su vez rindió informe sobre la detención de las personas mencionadas y del vehículo descrito al Comandante del 5º Distrito de la Policía Nacional —Unidad Boyacá—, Capitán Julio César Jiménez.

"El Juzgado Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera de Bogotá inició la investigación penal correspondiente el 9 de mayo de 1960. La mercancía que transportaba el camión de placas E-65566 resultó de prohibida importación en su mayor parte y, obviamente, ningún documento la amparaba, ni hasta la fecha ha sido reclamada por persona alguna".

Posteriormente se cumplió la actuación procesal reseñada en la parte inicial de este fallo.

DEMANDA DE CASACION.

El libelo de demanda, presentado ante la Corte por el apoderado de Urbano Niño Corredor, reúne, en su forma externa, los requisitos de rigor legal. Allí se expresan los hechos que originaron y determinaron la investigación, se recuentan las actividades procesales y se enuncian las causales de casación alegadas, con indicación de los fundamentos en que se sustentan y con cita de las disposiciones legales que el recurrente estima infringidas.

El demandante ha propuesto contra la ameritada sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, las siguientes causales de casación:

La prevista en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964, la que fundamenta en la circunstancia de la falta de notificación "en debida forma del auto que señaló término a los interesados para que manifestaran si tenían o no hechos que probar", lo que determinó que la sentencia recurrida se hubiera dictado en un juicio viciado de nulidad.

La primera, contemplada en la misma norma, por cuanto el fallo en mención es violatorio del ordinal e) del artículo 3º del Decreto-Ley 1432 de 1940, "indebidamente aplicado como consecuencia del error de derecho, en la apreciación de la prueba, en que incurrió el Tribunal al dar por establecido el cuerpo del delito sin que las pruebas aducidas al efecto tuvieran el carácter de plenas y sin que fuera procedente la presunción consagrada en el numeral 17 del artículo 374 del Código de Aduanas".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su detenido concepto, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal estudia los cargos y concluye que éstos son infundados, en cuya virtud estima que la Corte no debe casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª. *Causal Cuarta.*—Al amparo de esta causal se acusa la sentencia de segundo grado, en cuanto se refiere al procesado Niño Corredor, por cuanto el auto de 21 de noviembre de 1962 que abrió el proceso a prueba no se notificó en debida forma, como lo ordena el artículo 16 del Decreto 3134 de 1952, ya que el Juzgado de primera instancia mediante providencia de 25 de julio del citado año, desconoció tácitamente al apoderado que venía asistiendo al sindicado, al disponer que éste nombrara defensor en el acto de la notificación de dicho auto o que el Juzgado haría esa designación, en caso contrario. Agrega el recurrente que durante el lapso comprendido entre la fecha de apertura a prueba del negocio (21 de noviembre de 1962) y el día en que el defensor tomó posesión de su cargo (23 de enero de 1963), transcurrió el término probatorio, sin que el referido auto se hubiera podido notificar al defensor, es decir, a quien era el único que estaba en condiciones de pedir pruebas, por lo cual se vulneró el derecho de defensa del sindicado. Finalmente, añade: "El artículo 190 del C. de P. P. señala como causal de nulidad el no haberse notificado en debida forma (y por debida forma debe entenderse no simplemente la clase de notificación sino a quienes corresponde como son los apoderados en todos los casos) el auto que señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos que probar".

Con apoyo en la citada causal, el demandante pide a la Corte declare la nulidad de la actuación a partir del auto que abrió a prueba el proceso.

SE OBSERVA:

a) El sindicado Niño Corredor nombró como apoderado en este proceso al doctor Gregorio Becerra Becerra, quien fue reconocido en tal carácter y tomó debida posesión del cargo (fls. 12 y 12 vto.).

El Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta, mediante auto de 25 de julio de 1962, avocó el conocimiento del negocio y dispuso que se citara, entre otros, al prenotado Urbano Niño a fin de que nombrara defensor, con la advertencia de que, al no hacerlo, esa designación la efectuaría el Juzgado, al ser notificado aquél del ameritado ordenamiento, designó como su defensor al prenombrado doctor Becerra Becerra. Este en virtud de habérsele ratificado el anterior apoderamiento, lo aceptó y tomó nueva y legal posesión del cargo. (Fl. 62).

En el caso que se examina se ha respetado el derecho que la ley confiere a todo procesado, que no quiera o pueda defenderse por sí, de señalar defensor; y que no se ha atentado contra ese derecho lo demuestra en forma inequívoca la cir-

cunstancia de que el defensor escogido por el reo, ya por primera designación o por posterior refrendación del mandato, ha venido actuando en el proceso, sin que se haya decretado la insubsistencia de ese nombramiento. Por lo tanto, el derecho de defensa no aparece vulnerado en forma alguna y el cargo formulado a este respecto carece de entidad.

b) El auto de apertura a prueba de que trata el artículo 16 del Decreto número 3134 de 1962, fue notificado conforme a lo preceptuado en el artículo 6º del Decreto 2187 de 1953, que regula la materia (fls. 158 y 158 vto.). Pero aún aceptando la pretensión formulada por el recurrente a este particular, o sea, la de que para la notificación de tal providencia debió darse aplicación a lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 198 del C. de Procedimiento Penal, resulta que la nulidad allí contemplada por la falta de notificación en debida forma de dicho proveído, habría quedado saneada por la comparecencia del acusado Niño Corredor al careo que se practicó con Saúl Monroy el 21 de julio de 1964 (fls. 268 y s.s.), sin haber solicitado la declaratoria de nulidad correspondiente dentro de los tres días siguientes a la anotada fecha, como claramente lo prevé la norma legal precitada. En consecuencia, no prospera el cargo.

Causal Primera. Se dice en la demanda que la sentencia es violatoria del literal e) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, por "error de derecho" en la apreciación de la prueba, porque, no estando demostrado el elemento 'a sabiendas' de que trata dicha disposición, tampoco está plenamente establecido el cuerpo del delito.

Con fundamento en esta causal, sostiene el recurrente:

Aunque acreditado el hecho del transporte de mercancía extranjera traída al país en contravención a la ley, no aparece comprobado el elemento 'a sabiendas' por cuanto no fueron desvirtuadas en el curso del proceso las explicaciones dadas por el acusado Niño Corredor "en el sentido de que él no habría llegado hasta Cúcuta y sólo tomado el automotor en Pamplona, cuando ya éste venía cargado con la mercancía que resultó de contrabando", y de que "tampoco habría tenido este sindicado conocimiento siquiera de la clase, naturaleza y cantidad de la mercancía que transportaba el camión, porque precisamente eso era lo que se le quería ocultar para darle 'garrote' en $ 200.00 al flete".

Los testigos de cargo, según el demandante, tan solo dan cuenta de una oferta de dinero a las autoridades por la devolución del camión; de otra parte, esos testimonios son vagos y provienen de personas que tenían interés en los resultados del negocio. Además, los declarantes se refieren a una tentativa de soborno, mas no al conocimiento que tuviera Niño Corredor acerca de la naturaleza y procedencia de la mercancía transportada. En resumen, la aceptación de este último hecho revelaría únicamente la existencia de un indicio no necesario, ya que de él se pueden deducir diversas situaciones.

Por otro lado, la presunción consagrada en el numeral 17 del artículo 374 del Código de Aduanas no es aplicable al caso en estudio, porque no se trata de mercancía "cuya importación o uso dentro de la República sólo se permita mediante el cumplimiento de requisitos especiales, cuando tales requisitos no se hayan cumplido", sino de mercancías de prohibida importación; además, esa presunción no se refiere al delito sino a la calidad de la mercancía, es decir, a su ilegal introducción al país por incumplimiento de determinadas exigencias previstas en la ley.

Concluye el recurrente que, por tanto, el Tribunal Superior de Aduanas incurrió en error de derecho al darle el carácter de plena prueba a un solo indicio —la tentativa de soborno a las autoridades—, sin estar demostrado el elemento 'a sabiendas'. De esta manera —agrega—, se violaron los artículos 222, 223, 217 y 218 del estatuto procesal penal, como también el 203 del mismo código por haberse dictado sentencia condenatoria sin existir la plena prueba de la infracción, y el 273 ibidem "porque declaró probado el cuerpo del delito sin que existiera la plena prueba del elemento 'a sabiendas' que exige el ordinal e) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940".

En consecuencia, solicita el demandante que la Corte case la sentencia impugnada y, en su lugar, dicte fallo absolutorio en favor de Niño Corredor.

SE RESPONDE.

El Tribunal Superior de Aduanas encontró a Niño Corredor responsable del delito de contrabando a que se refiere el ordinal e) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, el cual reza:

"Los siguientes hechos constituyen delitos de fraude o contrabando a la renta nacional de Aduanas: ... e) Comprar, vender y de cualquier manera facilitar el transporte, circulación, ocul-

tación o venta de tal mercancía después de importada, sabiendo que ha sido importada o traída a la República en contravención a la ley".

Además, tuvo en cuenta la entidad falladora la presunción legal prevista en el numeral 17 del artículo 374 del Código de Aduanas, que dice: "Las siguientes circunstancias hacen presumir contrabando: . . . 17. El transporte, tráfico o tenencia de mercancías, cuya importación o uso dentro de la República solo se permita mediante el cumplimiento de requisitos especiales, cuando tales requisitos no se hayan cumplido".

Ahora bien: la mercancía a que se contrae este proceso, transportada el 6 de mayo de 1960 en el camión distinguido con la placa número E-65366, es de procedencia extranjera y en su mayoría de prohibida importación, como quiera que solo "dos cajas con cremalleras", avaluadas en $ 7.200.00, pertenecen al régimen de licencia previa. En relación con tales bienes no se aportó prueba alguna tendiente a demostrar su regular importación o procedencia lícita, puesto que no se exhibió o indicó el manifiesto de aduana que la ampara, todo lo cual permitía que sobre dicha mercancía recayera la presunción legal de haber sido traída al país en contravención a la ley, conforme al ordinal d) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940.

Los presupuestos de imputabilidad y responsabilidad penal en el ilícito investigado respecto de Niño Corredor, el Tribunal de Aduanas los halló establecidos a través de los siguientes elementos probatorios:

Los testimonios del Capitán César Jiménez Moncayo y del agente Jesús Bayardo del Río Grijalba, quienes declaran sobre el ofrecimiento de una determinada cantidad de dinero que les hicieran los ocupantes del vehículo en cuestión, y concretamente Urbano Niño, para obtener el paso de la mercancía y para recobrar la libertad una vez que fueran detenidos con éstas.

En lo relativo a estos elementos de convicción, el acusador —después de limitar su cometido a una crítica en extremo superficial de esta prueba de cargo valorada por el ad-quem para su decisión condenatoria, ya que se reduce a manifestar que esos testimonios son vagos— expresa que ellos "no pueden demostrar sino que hubo una tentativa de soborno ingenua con el ánimo de recuperar el vehículo, que era lo único que le preocupaba e interesaba a su dueño", "pero nada más", por lo cual ese indicio carece de toda fuerza incriminativa contra el acusado recurrente y, menos aún, para inferir que aquél transportaba la mercancía de marras a sabiendas de que había sido importada al país en contravención a la ley.

El intento de soborno está acreditado con plenitud en el proceso, puesto que de las declaraciones del Capitán Jiménez Moncayo y del Agente Del Río Grijalba surge la evidencia de que el sindicado Urbano Niño hizo a los representantes de la autoridad, en momentos u ocasiones distintas, el ofrecimiento de una cierta suma de dinero para obtener el tránsito de las mercancías (fls. 46, 47, 51 y 52). Además, la existencia de esa ilícita oferta fue confirmada por el procesado Saúl Monroy Rodríguez, si bien agrega que tal proposición se refería solo a la devolución del camión.

De este hecho inconcuso, o sea, de la ilícita propuesta hecha por Niño Corredor a los aprehensores de las mercancías para obtener la devolución y libre tránsito de éstas, dedujo el Tribunal el elemento 'a sabiendas' y la calidad de coautor del procesado en el contrabando a que se contrae la investigación, sin admitir como valedera la razón exculpativa dada por Monroy Rodríguez a este respecto, tanto porque dicho incriminado tenía interés en negar que la referida oferta también se refiriera a la entrega de la mercancía, como porque no era lógico suponer que se propusiese la comisión de un ilícito para lograr la simple entrega "de una cosa perfectamente lícita, como el camión de que tratan las presentes diligencias".

También el Tribunal —en la sentencia acusada— tuvo en cuenta como hechos indiciadores de la actividad delictuosa en examen, la circunstancia de que el sindicado Niño Corredor no hubiera llevado a cabo ninguna averiguación en orden a establecer la naturaleza de la mercancía que se transportaba en el automotor del cual era propietario y que venía de una ciudad fronteriza, no obstante disponer del tiempo necesario para cumplir esa obvia previsión cuando se recorría el largo trayecto existente entre Pamplona y Soatá. A este mismo respecto observa la Procuraduría Delegada: "De otra parte, este hecho indiciario cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que las explicaciones del chofer Eliseo Gil en cuanto al contrato de transporte de la mercancía con una persona desconocida, ignorando aquél la naturaleza del cargamento, no solamente están ausentes de respaldo procesal sino que son absolutamente inverosímiles en el diario acontecer".

Ha dicho la Corte reiteradamente en fallos de Casación, en tratándose de la causal aquí examinada, que pretender oponer el impugnador su propio criterio estimativo al criterio de los Jueces, no conduce a evidenciar el error o la indebida apreciación de los hechos. Y, menos aún, en cuanto se esté en presencia de procesos en los que la convicción o la certeza dimanan de la racional apreciación de la prueba indiciaria, que el sentenciador valora, dentro de su arbitrio, cualitativa y cuantitativamente, como es propio al sistema legal-moral del procedimiento penal colombiano.

En el presente caso el criterio del fallador, partiendo de la debida comprobación de los hechos indiciarios antes indicados, tuvo en cuenta la pluralidad de esos indicios y la concatenación que entre los mismos existe para inferir o deducir la realización de un hecho determinado, o sea, la responsabilidad del procesado, mediante un proceso lógico de raciocinio, sin que se advierta que el Tribunal, al dictar la sentencia cuya casación se solicita, hubiera incurrido en error evidente, al interpretar esa prueba, por haberles dado a esos elementos de juicio un entendimiento que en verdad no tenían.

Para que la causal de casación alegada pueda prosperar en eventos como el que ahora resuelve este recurso, es menester que el impugnador demuestre la evidencia del error en la sentencia, no tratando de oponer a un criterio otro distinto, sino demostrando que esa decisión judicial es claramente equivocada por resultar notorio y ostensible que a los elementos de juicio les atribuyó el fallador de segundo grado un valor probatorio que no tienen, o les negó el que sí tienen, ya se refieran esos medios de convicción a la responsabilidad o a la existencia objetiva del ilícito. Y en el presente caso, según ya se advirtiera, no se ha demostrado ese error.

Por lo tanto, el recurso de casación no prospera por el aspecto que se deja examinado. Mas debe agregarse que como se desestimó la causal de casación en referencia y se admitió que el caudal probatorio analizado por el Tribunal Superior de Aduanas era suficiente para deducir la responsabilidad penal del sindicado, sin que hubiera incurrido en error de derecho, es claro que la pretendida violación de la ley penal procesal, que se fundamenta en esa misma causa, no tuvo ocurrencia.

También, en relación con la causal primera prevista en el artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964 y en forma subsidiaria, se acusa la sentencia "por violación directa en razón de falta de aplicación de los artículos 7º y 8º del Decreto 3134 de 1952 en armonía con el 29 del Decreto 2435 de 1953, y de aplicación indebida del artículo 18 del Decreto 188 de 1958, ordinal 3º", "ya que el decomiso de vehículos a que esta norma se refiere solamente es procedente cuando se trata de vehículos de servicio privado". Agrega el recurrente que la pena de decomiso del vehículo, cuya situación ya había sido anteriormente resuelta en forma definitiva, pena contenida en el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, implica la violación de dichas normas, por lo cual la sentencia debe ser parcialmente casada en el sentido de suprimir esta pena accesoria.

SE OBSERVA:

Al cargo anterior, replica el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse, por contener esa réplica consideraciones que la Sala acoge:

"El artículo 18 del Decreto 188 de 1958 estableció como pena accesoria: '3º La pérdida de la nave, aeronave o vehículo terrestre en que haya sido transportada la mercancía de contrabando cuando sea de propiedad del infractor o de otros responsables'; y como el derecho de propiedad del camión de placas E-65566 en el cual se transportaba la mercancía de contrabando estaba en cabeza de Urbano Niño Corredor, según la prueba obrante en autos, el decomiso y remate del citado automotor ordenados en la sentencia recurrida son legales.

"Aún en la hipótesis de desconocer lo acabado de exponer, tampoco prosperaría el cargo, por cuanto el Decreto 3134 de 1952 si bien estableció que 'los vehículos terrestres pertenecientes a empresas públicas de transporte no serían decomisados', sin embargo exigía una condición indispensable para gozar de ese privilegio: 'que hubieren cumplido con todas las disposiciones legales y reglamentarias sobre navegación y transporte'.

"En este caso precisamente se omitió dar cumplimiento a las normas legales sobre transporte terrestre de mercancías pues nunca se presentó la planilla que amparara el cargamento. Para la época en que ocurrieron los hechos estaba vigente la Resolución número 181 de 1954 del Ministerio de Fomento que disponía lo siguiente:

'Artículo 49.—Los vehículos de carga pertenecientes a empresas de transporte público debidamente inscritas, pueden transitar libremente por todas las carreteras del país, siempre que cada viaje sea autorizado por la empresa respectiva, mediante planilla expedida en las condiciones y con los requisitos de que trata el artículo 53 de esta Resolución.

'Artículo 53.—La empresa transportadora hará una planilla o relación de las cartas de porte que conduce cada vehículo, planilla que deberá contener los mismos datos de éstas, así como también el nombre del conductor, número de pase, placas y lugar de matrícula del vehículo, lugar de salida, lugar de destino y vía por la cual debe hacer el recorrido. Estas planillas se extenderán por lo menos en cuatro ejemplares: original y duplicado para el conductor del vehículo y los demás ejemplares para uso de la empresa'.

"El estatuto mencionado tuvo vigencia hasta el 9 de junio de 1964 fecha en la cual se expidió el Reglamento Nacional de Transporte Público Terrestre Automotor contenido en la Resolución número 0779, modificada y adicionada luégo por la Resolución número 1205 del mismo año; estas dos últimas disposiciones reglamentarias acogieron íntegramente en el artículo 90 de la número 0779, lo que antes disponía el artículo 53 de la número 182.

"Por último, tampoco tiene fundamento el argumento de que la entrega del vehículo había sido dispuesta por una providencia ejecutoriada, pues obviamente se trataba de una entrega provisional ya que los únicos pronunciamientos definitivos son los consignados en la sentencia con la cual culmina el proceso.

"El auto de 16 de mayo de 1960 (fls. 41 y 42) —al cual se refiere la demanda— ignoró lo dispuesto en el Decreto 188 de 1958 mas sin embargo dijo: 'De la indagatoria del propietario del vehículo y de los demás datos del expediente, se desprende su ninguna vinculación dolosa respecto a los hechos investigados, *por lo menos hasta ahora*' (Subrayamos), con lo cual se reafirma el carácter provisional de la entrega del citado vehículo".

Solo cabe agregar que el cargo formulado en la primera parte de la demanda respecto del procesado Eliseo Gil Martínez, no se examina por cuanto dicho sindicado no fue recurrente en casación.

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 interpuesto contra la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Ossio Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

SORTEO PARCIAL DE JURADOS.—NO TODA INFORMALIDAD EN LOS TRAMITES CONSTITUYE NULIDAD CONSTITUCIONAL.—CORRECTA APLICACION DEL PRECEPTO CONTENIDO EN EL ARTICULO 517 DEL C. DE P.P.

No toda informalidad en los trámites constituye nulidad constitucional. Unicamente cuando las violaciones del procedimiento desconocen, de manera absoluta, el derecho de defensa del procesado, cabe admitir este medio supralegal para reponer lo actuado.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplido el trámite correspondiente, la Corte entra a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Espinal, por la cual le fue impuesta al procesado EFRAIN AVILA AGUILAR la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Silvano Susunaga Carrillo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 3º Superior de Ibagué.

HECHOS:

En el fallo recurrido se hace la siguiente síntesis de los hechos:

"El domingo, doce de enero de 1964, a eso de las seis de la tarde, en la población de Villarrica, frente a la casa-tienda de Margarita Leiva de Callejas y sus hijas, situada en la orilla de la carretera a la salida de dicha población hacia 'La Colonia', hubo un encuentro —aparentemente casual— en que se suscitó una riña entre Rafael Pérez y Efraín Avila, de una parte, y de la otra, los primos Jesús y Silvino Susunaga, quienes posiblemente acudieron allí, citados por los primeros, en un arranque de falta de miedo y por hombría, a juzgar por la forma como se presentaron los hechos, conclusión a que puede llegarse por los antecedentes y circunstancias. Como pasa casi siempre en estos casos de sangre, la cuestión se originó al calor de unas pocas cervezas y por los ultrajes de que se hicieron víctimas a los Susunagas por el señor Rafael Pérez, quien llevaba como la vocería de Efraín Avila para reclamarle a Silvino fuertemente su actitud al denunciar, en la calidad de administrador de la hacienda 'La Esperanza', de propiedad del doctor Mario Corredor, el hurto de varias mulas de propiedad de éste, de lo cual resultó responsabilizado Efraín Avila Aguilar, quien con Rafael ha sido procesado por estos ilícitos en varias ocasiones. En esta pelea, en la cual intervinieron hasta las señoras de los contendientes, así como la señora de la tienda y sus hijas y hasta algunos vecinos, en calidad de mediadores, Pérez se lió con Chucho Susunaga, armado de botella, y Efraín con Silvino. Y cuando ya estaba caído Silvino, también quiso Pérez rematarlo con una piedra, lo que fue evitado por Chucho a golpes con su garrote. Cuando estaban en el cambio de golpes, Efraín Avila Aguilar, dando un salto atrás, sacó un revólver de cachas negras, profirió palabras soeces para despejar el campo hacia Silvino, a quien, a quemarropa, le disparó su revólver en dirección al abdomen, produciéndole las heridas mortales descritas en la necropsia...".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor apoderado del recurrente invoca la causal cuarta de casación, pues estima que la sentencia acusada fue proferida en un juicio viciado de nulidad.

Dice que el miembro del Jurado, señor Alberto Rugeles Duarte, "fue reemplazado arbitraria-

mente, sin observar las formalidades legales para tal evento", o sea lo que señala el artículo 517 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 490 y 491 de la misma obra.

Según asevera el actor, la "falta de comprobación sobre el hecho de que el señor Alberto Rugeles Duarte 'no reside en esta ciudad', constituye una adulteración de la verdad al afirmarse tal cosa en el auto visible al folio 240 v., por cuanto toma como base el informe del 'mensajero', y en éste se dice que dicho señor 'presta sus servicios en el Banco Cafetero de esta ciudad'".

Agrega que "el informe o certificación del 'mensajero' del Juzgado, que aparece al f.240 v., no está suscrito por el secretario del Juzgado, ni rendido bajo juramento".

De lo anterior, concluye el demandante que "el Tribunal competente para juzgar a Efraín Avila era el jurado primeramente designado, incluyendo el nombre del señor Alberto Rugeles Duarte".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal presenta la siguiente réplica al cargo formulado por el actor:

"El artículo 517 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que si practicadas las diligencias necesarias para la notificación de la designación del jurado, éste no se encontrare, el Juez ordenará, previa constancia en el expediente, un sorteo parcial para reemplazarlo.

"a).—El Juzgado de primera instancia estimó suficiente el informe suscrito por el notificador de la oficina (f.240 v.), para considerar agotadas las diligencias necesarias en orden a notificar al señor Alberto Rugeles D., su designación como jurado de conciencia en este asunto, y con ese fundamento dispuso nuevo sorteo mediante un auto debidamente notificado a las partes, sin que fuera objetado en la oportunidad legal.

"b).—El informe no aparece suscrito por el Secretario del Juzgado 3º Superior de Ibagué, porque quien lo rinde es el mensajero de la oficina, comisionado para esa diligencia. Por lo demás, el recurrente no menciona la norma legal que imponga la obligación de suministrar dicho informe bajo la gravedad del juramento. En cuanto a ese requisito, el estatuto procesal penal establece en su artículo 147 que debe recibirse a los testigos, peritos e intérpretes, sin contemplar el caso de los empleados oficiales porque éstos, al posesionarse del respectivo cargo, juran cumplir bien y fielmente con sus deberes de acuerdo con la Constitución Nacional (art. 65) y el Código de Régimen Político y Municipal (art. 251).

"c).—El recurrente manifiesta que existe una falsedad en el informe, al tenerse como cierta la afirmación de que el jurado designado, señor Rugeles Duarte, no residía en la ciudad de Ibagué, pero no adujo prueba alguna para respaldarla".

Con fundamento en lo anterior, estima el señor Agente del Ministerio Público que debe desecharse el recurso de casación interpuesto.

LA CORTE CONSIDERA:

En la diligencia de sorteo total de jurados, verificada el 9 de septiembre de 1964 en el Juzgado 3º Superior de Ibagué para juzgar al procesado Efraín Avila Aguilar (f.239 del Cd. 1º), resultó escogido el señor Alberto Rugeles Duarte.

El señor Jaime Lozano, notificador del Juzgado, rindió el siguiente informe el veinticuatro de octubre del mismo año: "... Alberto Rugeles Duarte presta sus servicios en el Banco Cafetero de esta ciudad, como cotizador y avaluador de terrenos hipotecados a la entidad mencionada. Este señor en muy rara ocasión viene a esta ciudad y cuando viene es de entrada por salida, es decir, reincorporándose nuevamente a sus labores designadas. Estas son informaciones suministradas por uno de los empleados del Banco. Para lo cual, lo pongo en conocimiento del señor Juez".

Atendido lo anterior, el juzgador de primera instancia dispuso el día veintiocho, del mismo mes de octubre, que se realizara un sorteo parcial de jurados, para reemplazar al señor Rugeles Duarte, diligencia que, cumplida, dio lugar a que hiciera parte del Tribunal popular el señor Plutarco Arteaga.

Ahora bien:

En ninguna falsedad incurrió el Juzgado 3º Superior de Ibagué al aseverar que el señor Alberto Rugeles Duarte no fue hallado, para los efectos de la notificación de la diligencia por la cual fue sorteado para integrar el Tribunal popular que debía juzgar al sindicado Efraín Avila Aguilar, pues es lo cierto que el notificador de ese Despacho no lo encontró para cumplir con esa diligencia.

Y si el citado señor Rugeles Duarte, por razón de sus servicios al Banco Cafetero de Ibagué, sólo de vez en cuando venía a esa ciudad, resultaba obvio que el juzgador de primera instancia dispusiera su reemplazo en el cargo de Jurado, a fin de procurar que el juicio no sufriera el entorpecimiento y las demoras que la casi permanente ausencia de aquel Juez de hecho ocasionaría.

Con toda razón, pues, el Juzgador 3º Superior Ibagué dio aplicación al precepto contenido en el artículo 517 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se ordena que, "si practicadas las diligencias necesarias para la notificación de la designación, de lo cual quedará constancia en el expediente, no se encontrare a alguno de los Jurados, el Juez ordenará un sorteo parcial para reemplazarlo". En efecto, corresponde repetirlo, según el informe del notificador de ese Despacho, el señor Rugeles Duarte no fue encontrado en Ibagué y "es muy rara la ocasión en que viene a esta ciudad, y cuando lo hace es de entrada por salida".

No sobra anotar que la Corte, en diferentes oportunidades, ha expresado que no toda informalidad en los trámites constituye nulidad constitucional. Unicamente cuando las violaciones del procedimiento desconocen, de manera absoluta, el derecho de defensa del procesado, cabe admitir este medio supralegal para reponer lo actuado.

No prospera, por tanto, la causal cuarta de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Espinal (Tolima), de que se ha hecho mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

LOS PROVEIDOS DE QUE TRATA EL ARTICULO 153 DEL C. DE P. P., POR NO TENER LA CATEGORIA DE SENTENCIAS QUE PONEN FIN A LAS INSTANCIAS, NO ADMITEN QUE SEAN IMPUGNADOS MEDIANTE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

En distintas oportunidades ha dicho la Corte que los proveídos de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal no tienen la categoría de las sentencias que ponen fin a las instancias, y que, en consecuencia, no son susceptibles de ser acusados, así se trate de los que profiera, en segundo grado, el Tribunal Superior de Distrito Judicial, mediante el recurso de casación.

Si se estimare pertinente dicho recurso en tales casos, en atención a que en algunas oportunidades, mediante el trámite previsto en el artículo 153 del C. de P. P., se resuelve sobre el fondo del asunto (cuando se declara que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal), igualmente habría que considerarlo procedente con respecto al auto por el cual se sobresee definitivamente en favor del sindicado (art. 437 del C. de P. P.), pues en todas las hipótesis en que este proveído es viable se resuelve sobre el fondo de la cuestión. Y es obvio que, por tratarse de un auto (el de sobreseimiento definitivo) y no de una sentencia, esta providencia no admite que sea impugnada mediante el recurso extraordinario de casación.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El doctor Pompilio Bustamante, en su condición de apoderado de la parte civil dentro del proceso penal seguido contra GONZALO CASAS DIAZ por "abuso de confianza y otras defraudaciones", ha recurrido de hecho contra la providencia del Tribunal Superior de Girardot, de seis de junio último, por la cual niega el recurso de casación interpuesto contra el proveído de esa misma Corporación, mediante el cual se dispuso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, la cesación de todo procedimiento penal contra el citado Casas Díaz, en el asunto de que se hizo referencia.

Pues bien:

En distintas oportunidades ha dicho la Corte que los proveídos de que trata el mencionado artículo 153 del Código de Procedimiento Penal no tienen la categoría de las sentencias que ponen fin a las instancias y que, en consecuencia, no son susceptibles de ser acusados, así se trate de los que profiera, en segundo grado, el Tribunal Superior de Distrito Judicial, mediante el recurso de casación.

Si se estimare pertinente dicho recurso en tales casos, en atención a que en algunas oportunidades, mediante el trámite previsto en el artículo 153 del C. de P. P., se resuelve sobre el fondo del asunto (cuando se declara que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal), igualmente habría que considerarlo procedente con respecto al auto por el cual se sobresee definitivamente en favor del sindicado (art. 437 del C. de P. P.), pues en todas las hipótesis en que este proveído es viable se resuelve sobre el fondo de la cuestión. Y es obvio que, por tratarse de un auto (el de sobreseimiento definitivo) y no de una sentencia, esta providencia no admite que sea impugnada mediante el recurso extraordinario de casación.

Lo expresado es suficiente para afirmar que el recurso de casación fue bien denegado en este negocio por el Tribunal Superior de Girardot, y así lo DECLARA la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Dése cuenta de lo resuelto al Tribunal Superior de Girardot, para que conste en los autos.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

OTRAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE CASACION PENAL Y NO PUBLICADAS EN EL PRESENTE VOLUMEN POR CARECER DEL ESPACIO NECESARIO:

Procesado	Fecha	Magistrado Ponente
Casación de Francisco Molina y otro	4/Julio/66	Doctor Zambrano
Casación de Elmo Alvarado Farbes	28/Fbro /66	Doctor Osejo Peña
Casación de Alberto Efraín Rojas D.	28/Junio/66	Doctor Barrientos.
Casación de José Maclovio Cifuentes	10/Agosto/66	Doctor Osejo Peña
Casación de Miguel A. Suárez y otro	10/Sept./66	Doctor Fernández Botero
Casación de Eliginia, Rubén Eduardo y Víctor Pinzón	28/Sept./66	Doctor Osejo Peña

INDICE

SALA PLENA

Páginas

LA CORTE RINDE HOMENAJE DE ADMIRACION Y GRATITUD A LOS FUNDADORES, DIGNATARIOS Y SOCIOS DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MEDELLIN, AL CUMPLIR CUARENTA AÑOS DE LABORES 3

MOCION DE DUELO APROBADA EN SALA PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL EX-MAGISTRADO DE LA CORTE SEÑOR DOCTOR GERARDO ARIAS MEJIA 3

LA CORTE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR REGULO NATES CORTES, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ZIPAQUIRA 4

EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEY NUMERO 3281 DE 27 DE DICIEMBRE DE 1963, POR EL CUAL SE MODIFICA EL ARTICULO 2o. DEL DECRETO 1651 DE 1961.—*Autorización a la División de Impuestos Nacionales para suministrar al contratista electrónico, informaciones globales sobre renta y patrimonio de los contribuyentes para la correcta determinación de los impuestos.*—Con fecha 8 de julio de 1966 la Sala Plena de la Corte declara exequible constitucionalmente el Decreto Ley número 3281 de 27 de diciembre de 1963.—Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 5

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DEL PROCURADOR EN LOS JUICIOS DE INEXEQUIBILIDAD.—LA CORTE EN SALA PLENA REPONE EL AUTO SUPLICADO Y ADMITE EL IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.—Con fecha 8 de julio de 1966 la Sala Plena de la Corte repone el auto suplicado y admite el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación para conocer de la demanda de inexequibilidad formulada contra la parte final del artículo 2º del Decreto 528 de 1964 y otras normas, y en su lugar se designa al Procurador Primero Delegado en lo Civil, como Procurador Ad-hoc.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 10

CONSTITUCIONALIDAD DEL JUZGAMIENTO POR CONSEJOS DE GUERRA VERBALES.—*La Corte declara la exequibilidad de los artículos 1o., 3o., 8o. y 9o. del Decreto Legislativo número 1290 de 21 de mayo de 1965.—Manifiesta conexidad de las normas del Decreto acusado con el restablecimiento del orden público.*—Con fecha 13 de julio de 1966 la Sala Plena de la Corte declara exequibles los artículos 1o., 3o., 8o. y 9o. del Decreto Legislativo número 1290 de 21 de mayo de 1965.—Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada 12

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, LUIS ALBERTO BRAVO, SIMON MONTERO TORRES Y CARLOS PELAEZ TRUJILLO *sobre el fallo inmediatamente anterior* . 24

CONSTITUCIONALIDAD EN LA MODIFICACION DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.—LA CORTE DECLARA EXEQUIBLE EL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 3099 DE 1963.—*El Decreto 3099 de 1963 no excedió las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso en la Ley 21 de 1963 porque el cambio en la integración de una Junta Directiva en esta clase de entidades puede modificar su organización pero no es extraña al ordenamiento legal.*—Con fecha 14 de julio de 1966 la Corte declara exequible el Decreto Extraordinario número 3099 de 1963.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 30

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLE EL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE CONCEDEN UNOS AUXILIOS AL MUNICIPIO DE ARAUQUITA EN LA INTENDENCIA DE ARAUCA Y A PAZ DE ARIPORO EN CASANARE". —*La promoción por ley de obras singulares implica violación del precepto fundamental que dispone ceñirse a un plan determinado.—Reiterada doctrina de la Corte sobre esta materia.*— Con fecha 25 de julio de 1966 la Sala Plena de la Corte declara inexequible el proyecto de ley "por la cual se conceden unos auxilios al Municipio de Arauquita en la Intendencia de Arauca y a Paz de Ariporo en Casanare".—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 36

ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL.—CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CORTE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DE-

Páginas

DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS POR EL GOBIERNO EN ESTADO DE SITIO.—LA CORTE DECLARA INCONSTITUCIONAL E INEXEQUIBLE EL DECRETO NUMERO 3253 DE 1965 "POR EL CUAL SE SUPRIME UN ESTABLECIMIENTO DESCENTRALIZADO Y SE CUMPLEN NORMAS SOBRE REDUCCION DE GASTO PUBLICO".—*La Corte reitera la doctrina atinente a la conexidad de las disposiciones del Estado de Sitio con el restablecimiento del orden público.—Transitoriedad de las normas legislativas dictadas en Estado de Sitio.—Fallo de inexequibilidad con fundamento en la violación del artículo 121 de la Constitución.*— Con fecha 25 de julio de 1966 la Sala Plena de la Corte decide: "Es inconstitucional e inexequible el Decreto Legislativo número 3253 de 1965 (diciembre 17), por el cual se suprime un establecimiento descentralizado y se cumplen normas sobre reducción de gasto público".—Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 39

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES LUIS FERNANDO PAREDES ARBOLEDA Y RAMIRO ARAUJO GRAU SOBRE EL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR, *en el punto b) de su motivación que se intitula "transitoriedad de las normas legislativas dictadas en estado de sitio"* 44

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA, SOBRE EL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR, *respecto de la tesis de la conexidad* 44

GRAVAMEN A LA PRODUCCION NACIONAL DEL CACAO.—LA CORTE DECIDE QUE ES INEXEQUIBLE POR INCONSTITUCIONAL EL ARTICULO 11 DE LA LEY 31 DE 1965 EN CUANTO IMPLIQUE QUE LA CUOTA DEL DOS POR CIENTO (2%) SOBRE EL VALOR DEL CACAO DE PRODUCCION NACIONAL, ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 1o. Y DESCONTABLE EN LA FORMA INDICADA EN EL ARTICULO 2o. POR LAS PERSONAS QUE ADQUIERAN CACAO DE PRODUCCION NACIONAL, SE COBRE ANTES DE TRANSCURRIDOS SEIS MESES DE PROMULGADA LA LEY, QUE LO FUE EL 9 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*1.—La contribución que establece la Ley 31 de 1965 no es una gratificación; es un gravamen.—2.—Las leyes que crean impuestos o contribuciones se dictan para dotar de recursos al Estado sin necesidad de que previamente figure en el presupuesto de rentas el cálculo de su producto.—3.—La recaudación de ciertos impuestos puede hacerse por intermedio de personas jurídicas, autorizadas por la ley, siempre que su control lo haga la Contraloría General de la República y el Organo Legislativo.—4.—Garantía para el contribuyente establecida por el artículo 204 de la Carta*.—Con fecha 16 de agosto de 1966 la Sala Plena de la Corte decide: a).—Son exequibles la parte 1a., del artículo 1o. de la Ley 31 de 1965 y el artículo 6º de la misma; b). Es inexequible por inconstitucional el artículo 11 de la misma ley en cuanto implique que la cuota del dos por ciento (2%) sobre el valor del cacao de producción nacional establecida por el artículo 1o. y descontable en la forma indicada en el 2o. por las personas que adquieran cacao de producción nacional, se cobra antes de transcurridos seis meses de promulgada la ley, que lo fue el 9 de noviembre de 1965.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 4

SALVAMENTO DE VOTO *sobre el fallo inmediatamente anterior, de los Magistrados doctores Efrén Osejo Peña y Enrique López de la Pava, por no compartir la motivación del respectivo fallo* 5

LA CORTE DECLARA QUE NO ES EL CASO DE HACER UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO SOBRE LA ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 0031 DE 22 DE FEBRERO DE 1957 "POR EL CUAL SE CEDE LA ISLA DE TIERRA-BOMBA AL MUNICIPIO DE CARTAGENA".—*Cuando las disposiciones acusadas han sido incorporadas con posterioridad en otra Ley o Decreto, hay sustracción de materia para que la Corte pueda pronunciarse sobre su exequibilidad, si no ha sido demandada la nueva Ley, o el nuevo Decreto, y para la competencia no cuenta que dichas normas sigan produciendo efectos.*— Con fecha 22 de agosto de 1966 la Sala Plena de la Corte declara que no es el caso de hacer un pronunciamiento de fondo sobre la acción de inexequibilidad del Decreto Extraordinario número 0031 de 22 de febrero de 1957.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 5

LEY 15 DE 1959, POR LA CUAL SE DA MANDATO AL ESTADO PARA INTERVENIR EN LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE.—*Es función del Legislador señalar el término de la vigencia de una ley o prorrogarlo si aún no hubiere expirado.—Alcance de la intervención del Gobierno en la Industria del Transporte.—Sentido del artículo 16 de la ley arriba citada.—Auxilio patronal de transporte.—Comprobación de su pago para efecto de deducciones.* Con fecha 22 de agosto de 1966 la Sala Plena de la Corte declara: 1º).—No hay lugar a resolver sobre la acusación de los ordinales d) y e) del artículo 1º, ordinal b) y parágrafo del artículo 7o., y artículos 8o. y 9o. de la Ley 15 de 1959. 2º).—Son exequibles el artículo 1o., ordinales a), b), c) y parágrafo, y los artículos 11, 16 y 19 de la Ley 15 de 1959. 3º).—Son exequibles los artículos 1º, 2o. y 3o. de la Ley 87 de 1960.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 6

IMPUESTO A LAS VENTAS.—LA CORTE DECLARA LA EXEQUIBILIDAD DEL ORDINAL 6o. DEL ARTICULO 1o. DE LA LEY 21 DE 1963 "POR LA CUAL SE DICTAN ALGUNAS DISPOSICIONES EN MATERIAS FISCALES".—*1) El Estado es el único que tiene potestad para establecer impuestos. 2) Restricciones para el establecimiento de contribuciones. 3) Poder del*

Página

Páginas

Congreso para facultar al Presidente en forma extraordinaria para establecer tributos.—Consentimiento de los sufragantes o de sus delegatarios.—Con fecha 23 de agosto de 1966 la Sala Plena de la Corte declara exequible el ordinal 6o. del artículo 1o. de la Ley 21 de 1963.—Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava 71

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLE EN SU TOTALIDAD EL PROYECTO DE LEY NUMERO 224, "POR LA CUAL SE DESTINA UNA PARTIDA PARA LA CREACION, CONSTRUCCION Y DOTACION DE UNA OBRA EN LA CIUDAD DE SANDONA, DEPARTAMENTO DE NARIÑO", OBJETADO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.—*Reiterada doctrina de la Corte sobre violación del ordinal 2o, artículo 76 de la Constitución, cuando el Congreso decreta auxilios para obras útiles o benéficas si no están sujetas a los planes y programas correspondientes, organizados por el legislador.*—Con fecha 31 de agosto de 1966 la Sala Plena de la Corte declara inexequible, en su totalidad, el proyecto de ley número 224, "por la cual se destina una partida para la creación, construcción y dotación de una obra en la ciudad de Sandoná, departamento de Nariño", objetado por el señor Presidente de la República.—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes Arboleda 77

INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY SOBRE CONSTRUCCION DE LA UNIVERSIDAD OBRERA DE PEREIRA, OBJETADO POR EL GOBIERNO.—LA CORTE DECLARA LA INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1o., 2o. y 3o. DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE ORDENA LA CONSTRUCCION DE UNA OBRA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".—*Violación del ordinal 2o, artículo 76 de la Carta.—La ausencia de planes y programas impide de manera absoluta al Congreso la expedición de leyes sobre apoyo o estímulo concreto a empresas que considere útiles o benéficas.—Para que la sentencia de jurisdicción constitucional constituya el acto de guarda de la integridad de la constitución al estudiar un proyecto objetado, la Corte debe confrontarlo con la totalidad de los mandatos de la Carta.*—Con fecha 31 de agosto de 1966 la Sala Plena de la Corte declara inexequibles los artículos 1o., 2o. y 3o. del proyecto de ley "Por la cual se ordena la construcción de una obra y se dictan otras disposiciones (edificio para la Universidad Obrera de Pereira)".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 80

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 2o., 5o., 6o., 10o. y 11o. DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DECRETAN UNAS OBRAS PUBLICAS Y SE IMPULSA EL DESARROLLO Y PROGRESO DEL MUNICIPIO DE AGUSTIN CODAZZI, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA", DEVUELTO POR EL SEÑOR PRESIDENTE POR INCONSTITUCIONAL E

Páginas

INCONVENIENTE.—*Cuando el Congreso decreta la construcción de obras y el fomento de las empresas útiles y benéficas sin sujeción a planes y programas organizados por el propio legislador, viola los ordinales 1º y 2º del artículo 76 de la Constitución Nacional, según reiterada doctrina de la Corte.—Igual violación acontece, si adoptado el plan general regulador por el Congreso, se expiden leyes sobre obras no incluídas en el mismo plan regulador.*—Con fecha 3 de septiembre de 1966 la Sala Plena de la Corte declara inexequibles los artículos 2o., 5o., 6o., 10o. y 11o. del proyecto de ley "por la cual se decretan unas obras públicas y se impulsa el desarrollo y progreso del Municipio de Agustín Codazzi en el departamento del Magdalena".—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 84

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLE EL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DECRETA UN AUXILIO EN FAVOR DE UNA INSTITUCION BENEFICA".—*Se reitera la doctrina relativa a la violación del ordinal 2º del artículo 76 de la Carta, cuando el Congreso decreta leyes sobre fomento de empresas benéficas sin que se hayan expedido los planes y programas que regulen leyes particulares.*—Con fecha 3 de septiembre de 1966 la Sala Plena de la Corte declara inexequible el proyecto de ley "por la cual se decreta un auxilio en favor de una Institución Benéfica".—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 87

CONSTITUCIONAL EL DECRETO LEY SOBRE AVALUO DE PREDIOS RURALES.—LA CORTE DECLARA LA EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEY NUMERO 2595 DE 1963, "POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS SOBRE AVALUO DE PREDIOS RURALES".—1).—*El avalúo de los predios rurales se tomará como monto de la indemnización que debe pagarse al propietario o poseedor de un fundo expropiado por causa de utilidad pública o interés social, sin necesidad de avalúo especial dentro de las respectivas diligencias de expropiación.—2).—Cuando las entidades de derecho público adquieran un predio rural por negociación directa o por expropiación, no podrán pagar un precio superior al señalado por el tope del avalúo catastral.*—Con fecha 9 de septiembre de 1966 la Sala Plena de la Corte declara que son exequibles las normas acusadas, es a saber: El primer inciso del artículo 1o.; el aparte b) del mismo artículo; los artículos 6o., 7o. y 8o. del Decreto-Ley Número 2595 de 1963.—Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña 90

CONTRAVENCIONES Y DELITOS DE MINIMA CUANTIA.—LA CORTE DECLARA LA EXEQUIBILIDAD DE LOS ORDINALES b) y c) DEL ARTICULO 65 DEL DECRETO LEY NUMERO 1358 DE 1964.—1).—*Competencia del Legislador para fijar la jurisdicción del poder de policía.—2).—Limitación de las facultades extraordinarias establecidas por la Ley 27 de 1963.—3).—Los*

Páginas

hechos delictuosos que perturban los condiciones de vida de una sociedad organizada son de competencia exclusiva de los Organos jurisdiccionales del poder público.—Con fecha 9 de septiembre de 1966 la Sala Plena de la Corte declara que son exequibles los ordinales b) y c) del artículo 65 del Decreto-Ley Número 1358 de 1964.—Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse 98

SALA DE CASACION CIVIL

DEUDAS HEREDITARIAS.—*Su pago debe hacerse a prorrata de las cuotas de cada heredero.—La rentabilidad de un inmueble está comprendida dentro del avalúo que a éste se le dio en el juicio, y al respecto no cabe distinción alguna en la partición cuando se trata de saber si la equidad impera en ella.—El partidor no puede, so pretexto de buscar la equidad, cambiar los avalúos, dados a los bienes en el juicio.*—Por sentencia de 7 de julio de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio de sucesión de Susana Robledo de Hoyos.—Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 105

ACCION DE RECONVENCION.—*Tiene entidad propia e independiente de la principal.—Sentencia definitiva.—No hay imposibilidad para que un acto de decisión se contenga también en la parte considerativa del fallo.—Error de hecho.—No es dable acusar, a la vez, por error de hecho y de derecho en la estimación de una misma prueba.—Autonomía relativa del Tribunal en la apreciación de pruebas.—No es de recibo en casación pretender contraponer el criterio del impugnante al del Tribunal.*—Por sentencia de 12 de julio de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario reivindicatorio seguido por Abraham Castro López contra Leonilde Quintero de Jaramillo.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 119

FILIACION NATURAL.—*Contra quiénes puede instaurarse la acción y efectos de las sentencias.—No es necesario que el consanguíneo del pretenso padre haya aceptado la herencia de éste para que contra él pueda ejercerse la acción de filiación natural.—Cuando ésta se promueve contra parientes del presunto padre, no se requiere demostrar la defunción de otras personas que, de existir, tendrían vocación sucesoral preferente a la de los demandados.*—Por sentencia de 19 de julio de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de filiación natural seguido por María Luisa Torres y otros contra Blanca González González y otros.—Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava 120

SOCIEDAD CIVIL O COMERCIAL.—*Sanciones a los socios morosos.—Fuerza probatoria del dictamen pericial que descansa sobre fundamentos objetivos tales como los asientos contenidos en libros de comercio.*—Por sentencia de 22 de julio de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre nulidad de la resolución que declaró caducada la acción de una sociedad, adelantado por Jaime César Ramos Gómez contra el "Club Campestre de Cali, S. A.".—Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse 135

HEREDERO. *Esta calidad también puede probarse en juicio con la copia del reconocimiento hecho en el sucesorio.*—Por sentencia de 25 de julio de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre exclusión de bienes del inventario de una sucesión, seguido por Lastenia Robayo Olaya y otros contra Pedro Mario Alvarado y otros.—Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava 143

ACCION REIVINDICATORIA.—*Confrontación de títulos.—Posesión del demandado anterior a la fecha de registro del título del demandante.—Causal 1ª de casación.*—Por sentencia de 30 de julio de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario seguido por Juan Manuel Dávila Barreneche contra Luis Aurelio Noguera.—Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava .. 154

NAVES.—*Son bienes muebles, pero hay casos en que para determinadas circunstancias y efectos se les atribuyen condiciones propias de los inmuebles.—Adquisición del dominio.—El requisito de la escritura pública debidamente registrada frente a terceros.—Venta judicial de las naves.—Alcance de los artículos 86 y 87 del Decreto legislativo 3183 de 1952.—Carácter objetivo de los seguros reales.—Enriquecimiento sin causa.—Error de hecho.*—Por sentencia de 3 de agosto de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario sobre restitución del valor del seguro de una lancha, seguido por Luis Better Lafaurie contra el Banco Comercial de Barranquilla.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 160

ALIMENTOS.—*Del juicio, cuyo cumplimiento del fallo se halla pendiente, debe conocer el Juez de Menores del Distrito comprensivo del domicilio del beneficiado.* Por providencia de 3 de agosto de 1966, se resuelve que el Juez de Menores de Chaparral es competente para seguir conociendo de las diligencias de alimentos iniciadas ante el Juez de Menores de Ibagué, por Ana Isabel Macoto de Gualtero, madre legítima de las menores Betty y Elizabeth Gualtero, contra Gabriel Gualtero.—Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada 176

PARTICION.—*Sala que debía decidir la apelación del auto declaratorio de objeciones fundadas, antes de la reforma vigente.—Sentido y alcance del artículo 394 del C. Judicial.—Las nulidades procedimentales no son susceptibles de extensión al interpretarlas.—En casación sólo pueden*

Páginas

considerarse las objeciones controvertidas en las instancias.—Interés jurídico para recurrir en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.—Por sentencia de 10 de agosto de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio de sucesión de José Buenaventura Sánchez.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 182

INSTRUMENTO PUBLICO.—*Las firmas de quienes lo otorgaron son elementos sustanciales para su validez.—Nulidad por ilegitimidad de la personería.—Quién puede alegarla en casación.*—Por sentencia de 11 de agosto de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre pertenencia adelantado por Sara Ortega vda. de Burgos contra Segundo Ortega Bastidas.—Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse 194

INCIDENTES EN CASACION.—*Objetivo propio del juzgamiento de la Corte en el recurso extraordinario.*—Por providencia de 12 de agosto de 1966, proferida en el juicio especial sobre entrega de un inmueble, seguido por Hernando Ocampo Arango y otro contra José del Carmen Hernández, se deniega la solicitud de suspensión del recurso de casación.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 202

BIENES DE USO PUBLICO.—*Los hay de propiedad nacional, departamental o municipal.—Indemnización por trabajos públicos.—Su régimen jurídico.—Valorización.—Elementos de la acción reivindicatoria.*—Por sentencia de 24 de agosto de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por la ocupación permanente de un terreno con trabajos públicos, seguido por Jorge Orozco Valencia contra el Municipio de La Dorada.—Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 204

OBLIGACIONES.—*Obligaciones civiles, deberes morales y obligaciones naturales.—En qué consisten y sus características fundamentales.*—Por sentencia de 25 de agosto de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre pago del valor de alimentación y hospedaje, seguido por José Isidro Sierra contra José Silverio Muñoz y Ernestina Sierra de Muñoz.—Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán 215

CASACION.—*Por regla general, la violación de preceptos de la Carta no sirve de base para fundar el recurso extraordinario.*—Por sentencia de 26 de agosto de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de sucesión de Ana Dolores González de Grillo.—Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 223

COSA JUZGADA.—*Exigencias de su presupuesto.—No procede alegar incongruencia contra sentencia totalmente absolutoria.—Autonomía del Tribunal en la apreciación probatoria.*—Por sentencia de 30 de agosto de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la aplicación de una ampolleta de antibiótico de vigencia expirada, seguido por Graciela Chaves de Gallo contra la Droguería Nueva York S.A.—Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 228

SIMULACION Y RESCISION.—*En cualquiera de estas acciones, los herederos de quien contrató en vida están legitimados en causa para incoarlas.—Prueba de la simulación cuando ésta se ejercita como acción heredada.—Los bienes sociales y los de la herencia se separan en el acto de la partición sucesoral.*—Por sentencia de 2 de septiembre de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa, seguido por Francisco o José Francisco Romero Turriago y otro, como herederos de Eulalia Romero de Gutiérrez, contra Pedro Pablo Velásquez y otro.—Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán 237

DONACION CON RESERVA DE USUFRUCTO.—*Nulidad absoluta y nulidad relativa.—Su origen y a quiénes compete alegarlas.—La nulidad establecida por el artículo 1458 del C. Civil es absoluta.—Donación de nuda propiedad.—Necesidad de que se demuestre su valor.—Finalidad del recurso de casación.—Causal 1a.—Deberes del recurrente.—No es dable acusar a la vez por error de hecho y de derecho, simultáneos, en la estimación de un mismo medio de prueba ni acusar a través del planteamiento global del problema probatorio.*—Por sentencia de 2 de septiembre de 1967, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre nulidad de un contrato de donación con reserva de usufructo, seguido por Clímaco Sterling Cuéllar y otro contra Manuel de Jesús Sterling Tovar y otros.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 244

VICIOS REDHIBITORIOS.—*Calidades que deben reunir para considerarlos como tales.—Deberes de quien alega error de hecho en la apreciación probatoria.*—Por sentencia de 5 de septiembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario seguido por Aldemar Callejas Villa contra Andrés Londoño del Corral.—Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada 251

HIJUELA.—*Su valor como prueba del dominio.—Título.*—Por sentencia de 6 de septiembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario reivindicatorio seguido por Elisa Flórez contra Manuel Castañeda.—Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava 260

MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTERIOR.—*Su régimen patrimonial.—Sentido y alcance del artículo 180 del Código Civil.—Pruebas del estado civil y normas que las rigen.—Formas de matri-*

Páginas

monio reconocidas por la ley.—Los hechos deben probarse en autos.—Por sentencia de 6 de septiembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución, adelantado por Rosina o María Rosina Rodríguez de Garzón contra Sofía Trinidad Gómez v. de Torres.—Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada 267

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA, *en el fallo de que trata el punto anterior de este índice* 282

MEJORAS.—*Acción que compete al dueño de éstas cuando se incorporan al dominio del inmueble.—Carácter de los artículos 480 y 553 del Código Judicial.*—Por sentencia de 14 de septiembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en la acción de pertenencia seguida por Antonio J. Calle contra Ernesto Hernández Delgado y otro.—Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse..... 286

ALIMENTOS.—*Colisión de competencias entre Jueces de Menores.—Funcionario a quien compete conocer de la demanda.*—Por providencia de 19 de septiembre de 1966, se decide que es competente para conocer de este juicio de alimentos propuesto por Angela Gutiérrez Morales, en nombre de sus hijos menores Hernando y William Javier contra Félix Hernández Valbuena, el Juzgado de Menores de Espinal.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 298

LIBROS DE COMERCIO.—*A más de éstos los comerciantes pueden acudir a otros medios de prueba para acreditar la celebración de sus negocios.—En materia mercantil hay mayor amplitud probatoria que en el campo civil.*—Por sentencia de 21 de septiembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre pago de una suma de pesos seguido por "Consorcio Antioqueño de Transportes, Limitada" contra Antonio Laverde Gómez y otro.—Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava 301

PERTENENCIA.—*Condiciones del cargo por error de hecho.—Técnica de casación.—Nulidad de la enajenación de bienes en litigio.—Sentido y alcance del artículo 1521 del C. Civil.—El permiso del Juez que conoce del litigio no se requiere para la inscripción de las decisiones que provengan del Organo Jurisdiccional.—En la acción de pertenencia la citación por edictos innominados no vincula al juicio a los presuntos interesados conocidos del demandante, quienes deben ser citados personalmente para que la sentencia que a favor de éste se dicte les sea oponible.*—Por sentencia de 22 de septiembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en la acción de pertenencia seguida por María Carlina Bejarano contra Delhuyar y Laura Bejarano.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 313

CONTRATOS.—*Su resolución.—Diferencias entre la resiliación y la resolución de un contrato.—En qué consiste el error de hecho.—Validez de la promesa del hecho ajeno.*—Por sentencia de 23 de septiembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el ordinario sobre resolución de un contrato seguido por Juan de la Cruz Reyes Rangel contra José Joaquín Londoño Arias.—Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán 323

RESTITUCION DE TERMINOS.—*Supuesto indispensable de ésta.—Fuerza mayor o caso fortuito.—Significado jurídico de este concepto.—Alcance del poder para interponer recursos cuando no se restringe a su mera invocación.—Suministro de papel sellado para el trámite del recurso.*—Por providencia de 29 de septiembre de 1966, proferida en el ordinario sobre existencia de una sociedad de hecho, seguido por José Arbeláez contra Leonardo Londoño y otro, se confirma el auto suplicado por medio del cual se denegó una restitución de términos.—Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 331

SALA DE CASACION PENAL

LAS SENTENCIAS SOBRE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES SOLO PUEDEN OBRAR PARA EL FUTURO.—*No tienen vigor los preceptos que les daban a los Jueces de Instrucción Criminal competencia para fallar en primera instancia en relación con algunos delitos.*—Con fecha 4 de julio de 1966 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó al procesado Lázaro Rivas Soto como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 334

INVESTIGACION DE LOS HECHOS.—OBLIGACION FACULTATIVA DEL FUNCIONARIO DE INSTRUCCION PARA ORDENAR LA PRACTICA DE LA PRUEBA EN CASO DE INDICIOS DE GRAVE ANOMALIA PSIQUICA O DE INTOXICACION CRONICA EN EL PROCESADO.—*La justa causa de la ira o del dolor como atenuante de la gravedad del delito.—Juicio adelantado sin quebrantar las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta.*—Con fecha 5 de julio de 1966 la Corte no invalida la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual condenó a Angel María Cardona Saldarriaga como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 337

DERECHO DE DEFENSA.—PRESUNTA VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CARTA POR VICIO DE PROCEDIMIENTO ALEGADO POR EL RECURRENTE.—CAUSAL 4ª DE CASACION.—Con fecha 6 de julio de 1966 no se casa la sen-

Páginas

tencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Hernando Arias Acevedo como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 341

ROBO.—*La prueba pericial no es la única eficaz para comprobar la violencia cuando ella es elemento del delito.—Evaluación de las pruebas aportadas al proceso.—Función de la Corte en casos de estimación de la prueba.—Causales segunda y primera de casación.*—Con fecha 7 de julio de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Tiburcio Castañeda por el delito antes relacionado.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 345

VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL POR PRETERMISION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO.—SUJETO PASIVO DE LA ACCION PENAL, MENOR DE VEINTIUN AÑOS, QUE NO FUE ASISTIDO POR SU REPRESENTANTE LEGAL, NI POR UN CURADOR AD-LITEM, COMO LO ORDENA EL ARTICULO 104 DEL C. DE P. P.—Con fecha 8 de julio de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cúcuta en la causa seguida a Dagoberto Pérez y otros por el delito de hurto.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 353

SUPUESTA CONTRADICCION ENTRE LA SENTENCIA ACUSADA Y EL VEREDICTO DEL JURADO.—*El estado de enajenación mental o le grave anomalía psíquica en que pueda hallarse un homicida a tiempo de cometer el hecho, debe establecerse oportunamente en los autos para determinar la forma de juzgamiento.—Causal 3ª de casación.*—Con fecha 8 de julio de 1966 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Otoniel Toro Cardona como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 356

RECURSO DE REVISION.—LA CORTE REAFIRMA SU CRITERIO RESPECTO DE NO SER LA REVISION UNA TERCERA INSTANCIA.—REQUISITOS ESENCIALES PARA SU PROSPERIDAD.—ORD. 5º DEL ARTICULO 571 DEL C. DE P. P.—Con fecha 8 de julio de 1966 la Corte niega el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en la causa que condenó a Gonzalo Sierra como responsable de varios delitos de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano 359

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES PARA CIVILES, DENTRO DEL REGIMEN DE ESTADO DE SITIO.—Con fecha 11 de julio de 1966 no se casa la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Pablo Emilio Acevedo y otros como responsables de los delitos de secuestro y extorsión imperfecta.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 364

IMPUGNACION AL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA POR ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA EN PROCESO POR HOMICIDIO.—*Vigencia del Decreto 1752 de 1965.—Este Decreto habla de una "continuidad" de competencias que presupone que no haya una decisión de tal índole que marque otra competencia diversa a la existente.—Libertad del Tribunal popular para apreciar las pruebas.—Los elementos de convicción que el Jurado aprecia en conciencia no pueden sopesarse por los Jueces de Derecho, para fundar la contravidencia de un veredicto, en reglas jurídicas sobre técnica probatoria.—La Corte reitera su doctrina referente a que la declaración de contravidencia del veredicto está reservada al Juez y al Tribunal por ministerio de los artículos 537 y 554 del C. de P. P. y de no estar ella erigida como causal de casación.* Con fecha 11 de julio de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Facatativá que condenó a José Conón Gutiérrez Guevara como responsable del delito antes expresado.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 368

CUANDO LA NUEVA LEY SEÑALA UNA NUEVA COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE DETERMINADOS DELITOS, COMO POR EJEMPLO, AL CAMBIAR LA COMPETENCIA FUNCIONAL, LA APLICACION DE LA NORMA QUE ASI LO DISPONGA NO QUEBRANTA EL ARTICULO 26 DE LA CARTA.—*La Corte declara inadmisible el recurso de hecho presentado por Fiscal de Tribunal Superior en proceso por peculado y falsedad documental.*—Con fecha 11 de julio de 1966 la Corte declara inadmisible el recurso de hecho presentado por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Armenia contra el auto de esa Corporación, mediante el cual sobreseyó temporalmente en favor del sindicado Camilo Gómez Ospina por los cargos anteriormente enumerados.—Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano 372

ABUSO DE CONFIANZA.—*Análisis de las probanzas aportadas al proceso.—La confesión.—Esta se presume verídica mientras no se demuestre lo contrario, y en el caso de autos, no puede considerarse como una confesión de inocencia.—Responsabilidad de los hechos investigados frente a elementos que denuncian una conducta criminosa.—Falta de atinencia jurídica de los motivos de impugnación con la cuestión sub-judice.—La presunción de verdad de la cosa juzgada no puede desvirtuarse por la vía del recurso interpuesto.*—Con fecha 12 de julio de 1966 no se casa la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa seguida a Luis Alberto Reyes Torres por el delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 375

Páginas

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS.—DEBATE PROBATORIO SOBRE HECHOS PRESUNTIVAMENTE MODIFICADORES DE LA RESPONSABILIDAD.—INTERPRETACION DE VEREDICTOS.—*Improcedencia del debate sobre evaluación de la prueba ante la Corte, con base en la causal 2ª, en juicios con intervención del Jurado.—Constante doctrina de la Corte sobre este particular.—Insoslayable obligación del recurrente de precisar las formas procesales preterm'tidas, cuando se invoca la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P.*—Con fecha 12 de julio de 1966 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de San Gil, que condenó a Pasión Rodríguez García y otros como responsables en el concurso material de varios delitos.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 382

VEREDICTO CONTRADICTORIO.—Con fecha 13 de julio de 1966 la Corte invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual absolvió a Miguel Coronel Suárez procesado por el delito de homicidio.—Magistrado ponente? doctor Luis Carlos Zambrano 388

LA PREMEDITACION, LA INDEFENSION Y LA SEVICIA COMO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO.—VEREDICTO Y DOSIFICACION DE LA PENA.—*Acusación por presunta violación de las garantías que deben darse al procesado al no llenarse con el cuestionario arbitrariamente formulado por el Juez, la plenitud de las formas propias del juicio, y cercenarle las posibilidades de defensa; por impedir que los hechos punibles pudieran ser calificados como lo manda el artículo 480 del C. de P. Penal; y por considerar que la sentencia proferida estaba en desacuerdo con el auto de proceder.—Uno solo de los motivos de agravación previstos en los ords. 2o., 5o. ó 7o. del artículo 363 del C. P., bastaría para tipificar el hecho como asesinato.—La inclusión en el cuestionario de circunstancias distintas de las determinadas en el auto de proceder, y la respuesta del Jurado, suscitarían un problema relacionado con la interpretación del veredicto y la dosificación en desarrollo del mismo, de la pena principal imponible.—Causales previstas en los ords. 4o. y 3o. del artículo 567 del C. de P. P.*—Con fecha 14 de julio de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Quibdó, que condenó a Gregorio Nacianceno Corrales Vásquez como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 391

DOBLE HOMICIDIO PERPETRADO EN LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN LOS NUMERALES 2o. y 5o. DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO PENAL.—*Nulidades en el sumario.—Términos procesales.—Irrelevancia del cargo con fundamento en el ord. 4o. del artículo 567 del C. de P. P.—Presunta violación del derecho de defensa.—Improcedencia del debate probatorio ante la Corte en juicios con intervención del Jurado.—Causal 2ª contemplada en el inciso 2o. del ord. 1o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 15 de julio de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Pereira, mediante la cual condenó a Jesús Orozco Galvis o Carlos Antonio Ortiz y a otro por los delitos antes relacionados.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 395

INVESTIGACION PENAL PROVENIENTE DE CARGOS FORMULADOS A EX-JEFE DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS GENERALES.—*Cuando el funcionario o empleado público se constituye en prevaricador por el hecho de retardar actos propios de sus funciones.—La Corte sobresée definitivamente en favor del funcionario acusado por los distintos cargos ameritados en el respectivo denuncio, que no configuraron la comisión de ilícitos.*—Con fecha 19 de julio de 1966 la Corte sobresée definitivamente en favor de Armando Zabaraín, denunciado por una serie de actos cometidos en el desempeño de Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 399

DERECHO DE DEFENSA.—Con fecha 19 de julio de 1966 no se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Marcelino Castro Caro como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 457

CUESTIONARIOS SOMETIDOS AL JURADO.—VEREDICTO.—NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.—Con fecha 19 de julio de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Jesús María Pareja Montoya contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que lo condenó como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 461

FALSEDAD Y ESTAFA.—*Infracción directa e indirecta de la ley penal sustantiva.—El instrumento público y el instrumento negociable, respecto a autenticidad, tienen una misma categoría y en la esfera de la protección penal deben recibir el mismo tratamiento.—Equiparación consagrada en el artículo 233 del C. P.—Improcedencia de las nulidades alegadas dentro de la causal 1ª de casación.—La cuantía no constituye elemento estructural en los delitos contra la propiedad.—La Sala ratifica su constante doctrina sobre el error de hecho en casación.*—Con fecha 19 de julio de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Alberto Tobón Palacio contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que lo condenó como responsable de los delitos expresados.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 465

Páginas

DELITO DE VIOLENCIA CARNAL.—*Abstenerse de recurrir el auto de detención, cuando se encuentra legalmente fundamentado, no significa falta de defensa.—No es necesario sustentar el recurso de apelación.—Prueba pericial.—La inobservancia del artículo 266 del C. de P. P. no está erigida como causal de nulidad.—Aplicación indebida del artículo 318 del C. P. por yerro ostensible del sentenciador de segunda instancia al considerar demostrado "grave daño" en la salud de la víctima.—El GRAVE DAÑO en la salud psíquica, como en la simplemente física, es preciso acreditarlo con la prueba idónea.—Invalidación parcial del fallo recurrido.*—Con fecha 26 de julio de 1966 la Corte invalida parcialmente la sentencia acusada que condenó a Griseldino Torres Poveda como responsable del delito antes mencionado.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 470

VIOLENCIA CARNAL.—PERICIA MEDICO-LEGAL.—CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DEL ARTICULO 567 DEL C. DE P. P.—Con fecha 26 de julio de 1966 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja mediante la cual se condenó a Juan Eloy Laiton como responsable del delito expresado.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 475

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.—Con fecha 30 de julio de 1966 la Corte niega la petición hecha por el doctor Gustavo Rendón Gaviria, relacionada con el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, que condenó a Pablo Emilio Acevedo y otros por los delitos de secuestro y extorsión.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 477

FALSEDAD POR OCULTAMIENTO EN DOCUMENTOS O INSTRUMENTOS NEGOCIABLES.—*Motivo de impugnación que no encuadra dentro de la causal 4ª de casación alegada.—Pruebas en que se fundamenta la sentencia.—Presunción de veracidad que consagra el artículo 255 del C. de P. P.—La función de la Corte en casos de estimación de la prueba.—La falsedad en instrumentos negociables participa del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos y para su consumación basta el daño potencial.—Inoperancia del artículo 429 del C. de P. P., en el caso de autos, por ser éste específico para los delitos contra la propiedad.*—Con fecha 30 de julio de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado José Arcesio Hernández Herrera contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que lo condenó como responsable del delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 480

CAPACIDAD JURIDICA DEL DEFENSOR.—*Cuando el poder que confiere el Sindicado a su representante judicial se refiere únicamente a las instancias, carece éste de personería para asistir a su mandante en el recurso extraordinario de casación.*—Con fecha 4 de agosto de 1966 la Corte decreta la nulidad de lo actuado en el proceso seguido a Israel Rincón Sanjuán por el delito de homicidio, ventilado en el Juzgado 4º Superior de Cúcuta y en el Tribunal Superior de ese mismo Distrito, a partir del auto de 3 de junio de 1965 y declara en su lugar, desierto el recurso interpuesto.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 486

SALVAMENTO DE VOTO *al fallo inmediatamente anterior* 485

SALVAMENTO DE VOTO *al fallo inmediatamente anterior* 490

PROCESO POR HOMICIDIO Y ROBO, RITUADO CON LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO PENAL.—*Tachas a las sentencias carentes de significación o efecto procesal por presunta violación del artículo 203 del C. de P. P.—Evaluación de testimonio, aportado al proceso, como "único medio probatorio".—Para qué fue creada por la Jurisprudencia la llamada nulidad constitucional.—La Corte ratifica su constante doctrina relativa a que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente la causal segunda de casación.*—Con fecha 9 de agosto de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Iván Toro Garzón contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que lo condenó como responsable de los delitos antes expresados.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 492

PRESUNTA EXENCION DE RESPONSABILIDAD POR ERROR DE DERECHO.—*Nulidad prevista en el numeral 8o. del artículo 198 del C. de P. P.—Cuestión alegada como principal que no puede emplazarse en la causal 4a.—La Corte ratifica su criterio respecto de la llamada nulidad constitucional creada por la jurisprudencia.—Absoluta libertad del Jurado para apreciar las pruebas, según su íntima convicción.—Impertinencia de las causales 4a., 2a. y 1a. alegadas por el recurrente, para el caso sub-judice.*—Con fecha 11 de agosto de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Salomón Camargo Sánchez como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 496

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL CASTRENSE PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE SECUESTRO Y EXTORSION O DE CUALQUIER OTRO DELITO COMETIDO EN CONEXIDAD CON AQUELLOS.—*Hechos cometidos con anterioridad a la vigencia del Decreto número 1290 de 1965.—Interpretación y alcance de los artículos 311 y 314 del C. de J. P. M. y 40 de la Ley 153 de 1887.*—Con fecha 17 de agosto de 1966 la Corte dirime la colisión de competencias surgida entre la jurisdicción penal militar y el Juzgado 2o. Superior de Bucaramanga, para conocer del proceso seguido contra Igna-

Páginas

cio Moreno Hernández y otro.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez .. 499

COHERENCIA ENTRE EL AUTO DE PROCEDER, EL CUESTIONARIO, EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA EN PROCESO POR LOS DELITOS DE HOMICIDIO E INSUBORDINACION ADELANTADO ANTE LA JUSTICIA PENAL MILITAR.—*Presunta nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Criterio que informa el artículo 16 del C. J.—Consecuencias jurídicas de las causales de casación, en materia penal, en caso de prosperar.*—Con fecha 22 de agosto de 1966 no se casa la sentencia acusada del Tribunal Superior Militar que condenó al Sargento Viceprimero Gabriel Antonio Peña Portilla y a Josué Reyes Araque como responsables de los delitos antes relacionados.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 502

PROCESO POR LOS DELITOS PERFECTO E IMPERFECTO DE HOMICIDIO AGRAVADO EN EL QUE SE CUMPLIERON A PLENITUD LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO.—*Infundada acusación por supuesta violación del derecho de defensa.—Tesis en que se funda el artículo 547 del C. de P. P. y correcta aplicación de esta norma al caso de autos.—Interrogatorios que deben hacer los Jueces de instancia sobre la personalidad del infractor.—Ellos son apenas un medio de información pero no el único de que dispone el Juez para obtenerla.—Inconsistencia del cargo formulado con fundamento en los artículos 173 y 197 del C. de P. Penal.—Nulidad constitucional en el evento de preterm*itirse un requisito procesal esencial.—Con fecha 23 de agosto de 1966 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Egidio Cuéllar Alvis y a Gentil Alvis Callejas como responsables de los delitos expresados.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 508

PRESUNTA DEFENSA PUTATIVA.—INTERPRETACION DEL VEREDICTO.—*Causales 2a., 1a. y 3a. contempladas en el Decreto-Ley número 528 de 1964.—Homicidio cometido dentro de las previsiones del artículo 363 del C. P. por haber sido el sujeto pasivo de la infracción un descendiente en primer grado y haber obrado el agente con aprovechamiento de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encontraba la víctima.—Cuándo tiene lugar la defensa legal o legítima.—Qué es defensa subjetiva o putativa.—Veredicto afirmativo de la responsabilidad.—Sentencia de acuerdo con el auto de proceder que interpreta fielmente el veredicto.—El temor y el miedo como motivos de exención de la responsabilidad.- Cuándo el veredicto es contradictorio.*—Con fecha 30 de agosto de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Bernardino Rodríguez Caballero como responsable del delito de homicidio en la persona de su hijo Marcelino Rodríguez Nova.—Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo 513

EL FUERO CONSAGRADO PARA LOS JEFES DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS NO SE HACE EXTENSIVO AL DIRECTOR DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION.—Con fecha 30 de agosto de 1966 la Corte se abstiene de conocer del denuncio formulado contra el doctor Edgar Martán Góngora, como director de la Caja Nacional de Previsión por los motivos antes expresados.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 521

CAMBIO DE RADICACION.—*Cuando quiera que ciertos factores puedan sembrar la duda sobre la autonomía del juzgador, ello es suficiente para remover las causas que la originen, así no esté realmente afectada la libertad del Juez, pues no basta que el fallo sea justo, sino que es necesario que se crea que el juzgamiento también lo es.*—Con fecha 2 de septiembre de 1966 la Corte concepttúa favorablemente al cambio de radicación del proceso penal que se sigue contra Evelio Bermúdez Morales por el delito de Homicidio en el Juzgado Penal Municipal de Risaralda (Caldas).—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 523

INTERPRETACION Y ALCANCE DEL DECRETO NUMERO 2184 DE 1951, RESPECTO DE LAS PENAS MINIMAS Y MAXIMAS SEÑALADAS POR EL LEGISLADOR PARA CONDUCTAS AGRAVADAS.—*La Corte ratifica su doctrina expuesta, sobre este particular, en sentencia de 12 de agosto de 1965.—El mínimo de la pena señalada en el art. 404 del C. P. para el delito de robo, también sufrió el aumento a que se refiere el Decreto antes citado.—Correcta aplicación de la ley penal sustantiva, por parte del Tribunal ad-quem al caso de autos.*—Con fecha 7 de septiembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por Miguel Antonio Mejía Camacho o José Eloy Novoa Vega contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por el delito de robo.—Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo 525

CONTRABANDO.—*Ineficaz impugnación a la sentencia recurrida por apreciación errónea de los artículos 21 y 1758 del C. C., respecto del carácter de documento auténtico a mensaje de Interpol.—Qué es la Interpol y cuál su situación frente al Estado Colombiano.—Valoración de la prueba aportada al proceso.—La cuantía en el delito de contrabando y la graduación de la pena.—Avalúo pericial ajustado a los términos de los arts. 14 del Decreto 168 de 1958 y 13 y 23 del Decreto 2415 de 1953.—Cargos a la sentencia por el motivo de acusación previsto en el ordinal 1o. del art. 20 del Decreto 188 de 1958, con base en supuesta apreciación errónea de pruebas,*—Con fecha 7 de septiembre de 1966 se desecha el recurso de casación que interpusieron los procesados Gonzalo González Plazas y Hugo Alberto Correa Correa contra la senten-

Páginas

cia del Tribunal Superior de Aduanas por el delito de contrabando, y se declara extinguida la acción penal respecto al mismo delito con relación al procesado Hernando Alvarez Vélez.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 528

NULIDAD ADUCIDA EN LA DEMANDA A TRAVES DE SUPUESTA VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.—CONSULTA DE SOBRESEIMIENTOS DECRETADOS EN EL AUTO DE PROCEDER.—*Invocación de la causal 4a. de casación prevista en el ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 13 de septiembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Vélez que condenó a Armando Téllez Barbosa como responsable del delito de Homicidio.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 534

LESIONES PERSONALES.—PENA ACCESORIA DE RELEGACION A COLONIA AGRICOLA PENAL.—Con fecha 14 de septiembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Yolombó que condenó a Leandro De Jesús Pérez Cortés como responsable del delito antes relacionado.—Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano 536

INFUNDADA ACUSACION AL FALLO DEL TRIBUNAL AD-QUEM POR INDEBIDA APLICACION DEL NUMERAL 4o. DEL ART. 404 DEL CODIGO DE LAS PENAS.—*Causal de casación consagrada en el art. 1o. del Decreto Nº 528 de 1964.*—Con fecha 17 de septiembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por Marco Tulio Bonilla contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, que lo condenó por el delito de robo.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 540

VIOLENCIA CARNAL.—*El acceso carnal, en menor de catorce años, conforme al inciso 2o. del art. 316 del C. P., así tenga el carácter de aceptado, constituye violencia carnal.—Las partidas eclesiásticas son pruebas principales para acreditar hechos de relevancia penal y no del estado civil.*—Con fecha 20 de septiembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Gervasio Martínez Parra contra el fallo del Tribunal Superior de Quibdó que lo condenó por el delito antes mencionado.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 543

CONTRABANDO.—*Prueba indicial.—Es necesario que el impugnador demuestre la evidencia del error en que se funda la sentencia.*—Con fecha 26 de septiembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, por medio de la cual condenó a Urbano Niño Corredor y a Eliseo Gil Martínez como responsables del delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano 545

SORTEO PARCIAL DE JURADOS.—*No toda informalidad en los trámites constituye nulidad constitucional.—Correcta aplicación del precepto contenido en el art. 517 del C. de P. P.*—Con fecha 27 de septiembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Espinal (Tolima) que condenó a Efraín Avila Aguilar como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 551

LOS PROVEIDOS DE QUE TRATA EL ART. 153 DEL C. DE. P. P., POR NO TENER LA CATEGORIA DE SENTENCIAS QUE PONEN FIN A LAS INSTANCIAS, NO ADMITEN QUE SEAN IMPUGNADAS MEDIANTE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION.—Con fecha 27 de septiembre de 1966 la Corte declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil dentro del proceso seguido contra Gonzalo Casas Díaz, por "abuso de confianza y otras defraudaciones".—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 554

FE DE ERRATAS:

Páginas

Léase mil novecientos sesenta y seis, por mil novecientos sesenta y cinco. Renglón 17º 364

Léase 528 por 428. Sub-título, Renglón 4º ... 395